案例评析系列

这些案件大都为全国关注的名案要案，其余也在相当范围内为社会和法律界所知晓。但其更重要的共同特征还在于案件中涉及诸多值得研究的法理问题乃至社会问题。

中国疑难刑事名案法理研究 第六卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

赵秉志/主　编

- 何鹏盗窃案
- 梁丽捡拾百万黄金案
- 左安一被控诈骗宣告无罪案
- 张文中诈骗案
- “熊猫烧香”病毒案
- 郭水明等人贩卖毒品案
- 贵州习水国家公职人员嫖宿幼女案
- 郑筱萸受贿案
- 王怀忠受贿、巨额财产来源不明案

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

案例评析系列

典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，能够从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。本书精选典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。数位作者从案情出发归纳和发掘问题，但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题，而是旁征博引，生发开去，深入问题，升华法理，从而使案例研究既有实践意义，又有学术价值。并且在案例研究之后，尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书，以备读者查阅和进一步探索有关问题之用。

中国疑难刑事名案法理研究 第六卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

ISBN 978-7-301-18366-3

9 787301 183663 >

定价：49.00元

京师刑事法文库 ⑥⑧

中国疑难刑事名案法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第六卷

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国疑难刑事名案法理研究. 第六卷/赵秉志主编. 一北京:北京大学出版社,2011.1
(案例评析系列)
ISBN 978-7-301-18366-3

Ⅰ. ①中… Ⅱ. ①赵… Ⅲ. ①刑事犯罪-案例-分析-中国 Ⅳ. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 263441 号

书　　　名：**中国疑难刑事名案法理研究(第六卷)**
著作责任者：赵秉志　主编
责 任 编 辑：侯春杰
标 准 书 号：ISBN 978-7-301-18366-3/D·2783
出 版 发 行：北京大学出版社
地　　　址：北京市海淀区成府路 205 号　100871
网　　　址：http://www. yandayuanzhao. com　电子邮箱：law@ pup. pku. edu. cn
电　　　话：邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62117788
出版部 62754962
印　刷　者：北京鑫海金澳胶印有限公司
经　销　者：新华书店
730 毫米×980 毫米　16 开本　24.75 印张　485 千字
2011 年 1 月第 1 版　2011 年 1 月第 1 次印刷
定　　　价：49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究
举报电话:010-62752024　电子邮箱:fd@ pup. pku. edu. cn

序　言

现代刑事法治是由一系列刑事法律事件所组成的鲜活、生动的画卷。在这幅画卷中，刑事案例构成其最跌宕起伏的部分。典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，更是从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。因而选择典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。

案例研究是一种理论与实践结合的研究范式。早在20世纪80年代初期和中期，我于中国人民大学刑法专业攻读硕士学位和博士学位期间，我的两位恩师、新中国培养的第一代著名刑法学家高铭暄教授和王作富教授，即通过他们的言传身教、著书立说和实践活动，给了我刑法学研究应当坚持理论联系实际的学术方向与方法的深刻影响。因而在读研究生期间和博士生毕业留校任教后，在专业学习与学术研究中，我注意并且逐渐形成理论联系实际、关注国内外重大现实刑事法治问题的研究风格和特点，其中就包括对典型疑难案例的关注和研析。在新中国第一部刑法典施行十载之年即1990年，我还曾经萌发念头，打算编著一本对刑法典施行后十年间的典型、疑难名案予以研究的著作。为此，当时我已经收集、整理了大量案例资料，甚至也构思了书名与案例研究的体例、特色。遂后，此项目因我工作繁忙且准备出国留学而被束之高阁，但有关念头一直没有打消。后来，我在整理出版五卷本个人文集的过程中，又对刑法学研究中的理论联系实际问题进行了较为深入的思考和归纳，认为其有丰富而合理的内涵，值得努力挖掘和大力弘扬。① 其中当然也包含对案例研究的重视。1994年年底，我主持承担了美国福特基金会资助中国人民大学法学院的项目“高级司法官培训教材”之一，内容为以案例研析形式阐述刑法理论与实务问题。我组织一批志同道合的中青年学者，历经近六年的不懈努力，编著出版了九卷本、近三百万字的《中国刑法案例与学理研究》。这部系统研析中国刑法理论与实务的案例研究著作于2001年4月由法律出版社出版发行后，受到法学界尤其是司法实务界的广泛好评与欢迎，一印再印，于2004年9月修订再版后又得以重印，并于2006年荣获司法部第二届全国法学教材与科研成果二等奖。这可以说是法律界、法学界对案例研究形式的肯定。

以上关于案例研究的思考和学术活动，尽管也组织了诸位研究生参与案例研究的

① 参见拙著：《刑法总论问题研究》（“刑法学研究系列”之一）“序言”，中国法制出版社1996年版。

项目,但尚未将案例研究作为研究生的学位论文来考虑。在近年来我指导、培养研究生的过程中,主要是基于下述几点原因,我开始尝试引导研究生将典型疑难案件的研究作为硕士学位论文的形式来考虑:其一,倡导青年学者理论联系实际的学风。理论联系实际可以有多种表现形式,而案例研究无疑是其中最为典型、最有特色的形式。其二,促进青年学者关注现实法治问题。现实法治问题也可以表现在许多方面,而典型、疑难的名案要案肯定是现实法治问题最直接、最丰富、最生动的反映。其三,避免硕士学位论文选题的重复与内容的空泛。由于近年来硕士研究生培养数量的急剧大量增加,硕士论文选题重复和内容类似的现象也日趋严重,从而使本应富有学术价值的硕士学位论文质量日益下降,研究生每每为避免重复而伤透脑筋。而选择典型、疑难案件之研究作为硕士学位论文,其法理问题因案而异,就在相当程度上解决了硕士学位论文选题重复与内容空泛的困扰。此外,一件典型疑难案件所涉的主要法理问题毕竟是有限的数个,以一篇硕士学位论文的3—5万字左右的篇幅予以研究,也大体可以研究得较为细致和比较深入,并可以保证和检验出硕士学位论文的质量。因而可以说,硕士学位论文也是研究疑难案件较为适宜的形式。

经过几届指导法学硕士和法律硕士以案例研究为硕士学位论文的实践和答辩经验,这种案例研究形式的硕士学位论文得到了充分的肯定,截至2007年,我和我所指导的研究生们已经积累了20余篇案例研究形式的硕士论文成果。在北京大学出版社蒋浩先生的鼓励和支持下,我构想中的创建以硕士学位论文为主体的案例研究系列著作的蓝图终于得以实现。2008年1月,定名为《中国疑难刑事名案法理研究》(1—3卷)的首批成果由北京大学出版社出版。收入书中的25个案例研究,除1篇为我与左坚卫教授合写、我作为辩护律师办理的一个案件之研究,1篇为刘志伟教授指导的法律硕士论文外,其余23篇均为本人指导并于此前两年通过学位论文答辩的法学硕士论文和法律硕士论文。这些案件有大半为当时全国关注的名案要案,其余也在相当范围内为社会或法律界所知晓。但其更重要的共同特征还在于案件中涉及了诸多值得研究的法理问题乃至社会问题。案例研究的作者们从案情出发归纳和发掘问题,但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题,而是旁征博引,生发开去,深入问题,升华法理,从而使案例研究既有实践意义,又有学术价值。案例研究之后,还尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书,以备读者查阅和进一步研究有关问题之用。

《中国疑难刑事名案法理研究》(1—3卷)出版后,得到了刑法理论和实务界的广泛关注,取得了较好的社会反响。这进一步坚定了我将案例研究作为硕士研究生的学位论文的想法。我更加注意收集新出现的大案要案的裁判文书及其他资料,并鼓励我指导的学生选择这种毕业论文写作模式。在积累新的案例研究硕士学位论文期间,发生了著名的许霆利用自动取款机技术故障盗窃巨额现金案,该案一审法院的判决结果引起了刑事法学界乃至全社会的关注,学者们对该案进行了热烈研讨,形成了一批相

当有深度的科研成果。我在此基础上，于2008年12月编辑出版了《许霆案件的法理争鸣》，作为《中国疑难刑事名案法理研究》的第4卷。这是我对重大疑难热点案件研究模式所作的又一种探索。该书出版后，我继续指导学生以案例研究的形式进行硕士论文写作，又形成了一批这方面的研究成果。经收集和筛选，我挑出了20篇案例研究，编辑成《中国疑难刑事名案法理研究》第5卷和第6卷，交由北京大学出版社出版。这批研究成果中，大多仍为我所指导的硕士研究生完成。所研究的案件有大半为近几年来发生的社会影响面很广的名案要案。其中，第5卷共收入了11个案件，内容涉及危害公共安全罪、破坏市场经济秩序罪、侵犯公民人身权利罪等三个领域；第6卷收入了9个案件，内容涉及侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪和贪污贿赂罪等三个领域。这些案例研究既有对最新发生的热点案件的深度分析，也涉及对数年前发生的重大疑难案件的深层反思。在研究内容和研究体例上，继承了《中国疑难刑事名案法理研究》第1—3卷的风格，保持了这套大型案例研究丛书的系统性、连贯性。

学术研究是薪火相传的事业。学术研究的方向、道路和方法也是学术事业的重要组成部分。我国老一辈刑法学家所倡导的理论联系实际、不尚空谈的学风促进了我国刑法学事业的健康发展，也培养了我们这代中青年刑法学人。基于繁荣发展刑法学事业的使命感和承前启后、培养刑法学青年学者的教师职责，我们应当在论述理论、传授知识的同时，也十分注重对我国刑法学研究中理论联系实际、关注现实法治问题的学风的坚持、维护和弘扬。本书也是我和青年同仁在此方面的探索的继续。我们的研究难免有种种不足乃至谬误之处，但我们坚信此一学术方向与方法是正确的。

最后，衷心感谢北京大学出版社蒋浩先生及编辑同仁对本书及时编辑出版的鼎力支持和辛勤劳动。《中国疑难刑事名案法理研究》这一系列著作就是在蒋浩先生的热情鼓励和直接帮助下才得以面世的，他的鼎力支持，使《中国疑难刑事名案法理研究》这套案例研究系列丛书得以紧贴时代发展的脉搏源源不断地面世，这是对我刑事法研究事业及其理论联系实际的研究风格的莫大肯定和支持，是我们所不能忘记的。

本书主编：赵秉志教授谨识
2010年9月
于北京师范大学刑事法律科学研究院

目　录

（四）侵犯财产罪

何鹏盗窃案法理研究……………………………………………………… 买园园　1
一、选案理由 ………………………………………………………………………… 1
二、基本案情 ………………………………………………………………………… 2
三、裁判要旨 ………………………………………………………………………… 3
四、引发的理论问题 ………………………………………………………………… 4
五、关于盗窃罪的研讨……………………………………………………………… 5
六、关于侵占罪的研讨 …………………………………………………………… 11
七、由本案审判所引发的理论探索……………………………………………… 19
八、结语 …………………………………………………………………………… 24
附录一　云南省曲靖市中级人民法院刑事判决书 …………………………… 24
附录二　云南省高级人民法院刑事判决书 …………………………………… 27
附件三　云南省高级人民法院刑事判决书 …………………………………… 29

梁丽捡拾百万黄金案法理研究………………………………………… 袁　昕　32
一、选案理由……………………………………………………………………… 32
二、基本案情……………………………………………………………………… 32
三、引发的理论争议 ……………………………………………………………… 33
四、各种认定的可能性与面临的问题…………………………………………… 34
五、“拾得他人财物”概念的提出与类型的划分 ……………………………… 41
六、“拾得他人财物”之刑法定性 ……………………………………………… 45
七、结语 …………………………………………………………………………… 49

左安一被控诈骗宣告无罪案法理研究 ……………………… 左坚卫　邱丛丛　50
一、选案理由……………………………………………………………………… 50

二、基本案情 …… 50
三、裁判要旨 …… 51
四、引发的理论问题 …… 52
五、合同诈骗罪客观方面的认定 …… 53
六、合同诈骗罪“非法占有目的”相关问题研究 …… 60
七、错案纠正后,被告人的相关权益如何恢复 …… 80
八、结语 …… 82
附录一 黑龙江省哈尔滨市中级人民法院刑事判决书 …… 83
附录二 黑龙江省高级人民法院刑事判决书 …… 87

张文中诈骗案法理研究
——诈骗行为的认定及单位诈骗的处理 …… 赵秉志 左坚卫 95
一、选案理由 …… 95
二、基本案情 …… 95
三、裁判要旨 …… 96
四、引发的理论问题 …… 96
五、张文中是否实施了诈骗行为 …… 97
六、张文中的涉案行为是单位行为还是个人行为 …… 113
七、对刑法没有规定单位犯罪的单位诈骗行为的处理 …… 115
八、结语 …… 117
附录一 河北省衡水市中级人民法院刑事判决书 …… 118
附录二 河北省高级人民法院刑事判决书(有删节) …… 145

(五)妨害社会管理秩序罪

“熊猫烧香”病毒案的法理研究 …… 袁慧 153
一、选案理由 …… 153
二、基本案情 …… 153
三、裁判要旨 …… 155
四、引发的理论问题 …… 155
五、制作和传播计算机病毒并从中牟利的情节如何定性 …… 155
六、网络虚拟财产的定性 …… 167
七、结语 …… 177
附录 湖北省仙桃市人民法院刑事判决书 …… 178

郭水明等人贩卖毒品案法理研究 …… 常 燕 183
一、选案理由 …… 183
二、基本案情 …… 184
三、裁判要旨 …… 185
四、本案引发的理论问题 …… 185
五、毒品犯罪适用与配置死刑问题研究 …… 186
六、毒品案件共同犯罪的认定及其对量刑的影响 …… 195
七、关于毒品犯罪分子"立功"的认定及其对量刑的影响 …… 200
八、结语 …… 208
附录一 福建省厦门市中级人民法院刑事判决书 …… 209
附录二 福建省高级人民法院刑事判决书 …… 219

贵州习水国家公职人员嫖宿幼女案法理研究 …… 苏云萍 228
一、选案理由 …… 228
二、基本案情 …… 229
三、裁判要旨 …… 230
四、引发的理论问题 …… 230
五、贵州习水嫖宿幼女案司法定性的法理分析 …… 231
六、嫖宿幼女罪、强奸罪的法条关系与嫖宿幼女罪的立法完善 …… 238
七、结语 …… 244
附录 贵州省遵义市中级人民法院刑事判决书 …… 244

（六）贪污贿赂罪

郑筱萸受贿案法理研究 …… 刘 雷 256
一、选案理由 …… 256
二、基本案情 …… 257
三、裁判要旨 …… 258
四、引发的理论问题 …… 258
五、受贿罪的司法认定问题 …… 260
六、受贿罪死刑的司法裁量 …… 274
七、受贿罪死刑设置的立法研究 …… 280
八、结语 …… 292
附录一 北京市第一中级人民法院刑事判决书 …… 292
附录二 北京市高级人民法院刑事裁定书 …… 315

王怀忠受贿、巨额财产来源不明案的法理研究 …………………………… 田　甜 321
一、选案理由 …………………………………………………………………… 321
二、基本案情 …………………………………………………………………… 322
三、裁判要旨 …………………………………………………………………… 324
四、引发的理论问题 …………………………………………………………… 325
五、受贿罪中"利用职务上的便利"问题 ………………………………………… 325
六、受贿罪量刑情节研究 ……………………………………………………… 334
七、严厉打击腐败犯罪与死刑的适用 ………………………………………… 344
八、结语 ………………………………………………………………………… 351
附录一　山东省济南市中级人民法院刑事判决书 …………………………… 352
附录二　山东省高级人民法院刑事裁定书 …………………………………… 374
附录三　中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书 ………………………… 379

（四）侵犯财产罪

何鹏盗窃案法理研究

买园园*

一、选案理由

随着我国市场经济的进一步确立、发展和完善，更多的经济运行形式以及经济权利载体不断涌现，致使侵犯财产犯罪的案件行为方式更加多样化，犯罪对象也日益新颖，侵犯的犯罪客体亦更加复杂，这无疑在理论上对侵犯财产犯罪的研究以及司法实践中应对这些新形式犯罪提出了艰巨的挑战。在ATM机上实施犯罪行为就是这类新形式犯罪中较为典型的代表。随着ATM机和银行卡的日益普及，与ATM机有关的犯罪日益呈现多发态势，并且犯罪形式与手段多变，从而引起了广大民众对ATM有关的犯罪密切关注。

2008年8月20日随着最高人民法院核准广东省高级人民法院关于许霆盗窃案件终审判决的刑事裁定的作出，这起曾经引起社会广泛关注和公共空间热议的许霆盗窃案，终于画上了休止符。尽管专家学者抑或是普通民众对许霆案件的审判结果仍存在不同程度的质疑，但是可以肯定的是它不可能再受到如前的关注。而和许霆案有很多相似之处的云南何鹏案，又逐渐进入了人们的视野。由于何鹏盗窃案本身的特殊性使其受到了不少关注，再加之许霆案的影响，此案的受关注程度一度升高，并逐渐引起了社会的广泛讨论。由于许霆案和何鹏案在案情上存在诸多相似，都是与ATM机有关，行为人皆实施多次取款行为，都经过了最高人民法院的核准将原审判定的无期徒刑经过特殊减刑程序减为有期徒刑，所以说在某种程度上何鹏案可以说是许霆案的翻版。何鹏的辩护律师认为，何鹏案具有标杆意义。如果说许霆案是民意促使"司法回归理性"，司法裁判不能机械化运行，不能枉顾法理诠释法律。而"云南许霆案"的改判，则彰显了云南省高级人民法院人性化选择，彰显司法的人民性。① 作为继许霆案以后一

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院2007级刑法学硕士。

① http://news.9ask.cn/Article/plzj/201001/298915.html.

个具有代表性和很强启示性的标本,何鹏案带给法学研究的启迪是多方面的,并且富有深刻的现实意义。

尽管何鹏案和许霆案一样经过了一审、二审与再审,最终从无期徒刑改判为有期徒刑8年零6个月,但是何鹏案件并没因此画上句号。因为根据这笔意外打入何鹏银行账户内的存款的性质,就应否定何鹏的行为构成盗窃罪的可能。显然,这起影响重大的案件,尽管诉讼过程一波三折,但是仍然是以错误的诉讼结果结案。那么,何鹏多次取款的行为的性质应该如何定性?到底是什么原因致使法院经过多次审理,仍然将原本无罪的行为定性为盗窃罪并处以重刑?整个审理过程中究竟存在哪些问题,影响了法院公正地审理本案?

无数细节的列举有时并不会使相关的问题得到解决,反而会使问题更加混淆,所以笔者并没有对这个案件中涉及的所有的问题加以研析,而只是欲对何鹏案件中争议最大的几个问题进行探究:从犯罪构成的角度对何鹏的行为是否构成盗窃罪、侵占罪进行论证,在肯定何鹏的行为不构成犯罪的基础上,对何鹏行为的性质进行更深层次的定性,并对何鹏案件审理中所存在的相关问题进行思考与探析。

“与公众对司法日益提高的期待相比,中国司法改革的步伐仍显过于迟缓。其结果就是司法制度潜藏的一些深层问题在特定的时间、特定的个案中就会爆发出来,成为人们街谈巷议的对象。许霆案就是一个浓缩了司法积年弊端的典型样本。”①何鹏案无疑是继许霆案以后一个更具有代表性和很强启示性的标本,带给法学研究的启迪也是多方面的。所以,无论是从何鹏案已被称为“云南许霆案”的社会影响上看,还是从案件本身可探讨的价值来看,何鹏案都很有研究的价值与必要。因此本文以一种探究真理的执着态度,对本案所涉及的何鹏行为的定性及其应否治罪等问题,略抒己见。

二、基本案情

被告人何鹏,男,汉族,1979年7月13日出生于云南省陆良县,大专文化,学生,系云南省公安专科学校学生。住云南省昆明市教场中路11号。因涉嫌犯盗窃罪于2001年3月5日被陆良县公安局刑事拘留。同月12日释放。同年4月6日又被逮捕。11月26日取保候审。2002年3月11日被再次逮捕。

2001年3月2日晚,被告人何鹏持个人在中国农业银行陆良县支行办理的“金穗储蓄卡”到校外的ATM自动柜员机上查询余额时,奇怪地发现卡面上余额有百万之多,于是何鹏当即按键取款100元,ATM机当即按何鹏的指令吐出现金100元。何鹏发现这一现象后,继续按键取款,共六次提取现金4400元。当晚,何鹏返回学校请假,

---

① 陈瑞华:《许霆案的法治标本意义》,载《南方周末》2008年1月17日。

并到翠湖旁边政协宾馆住宿一夜,于3月3日上午持卡到中国银行翠湖储蓄所、胜利广场储蓄所、云南省分行、北市区支行、东风支行以及工行武成分理处等七台ATM机上,连续取款215次共取款425300元。当天下午何鹏将钱送回陆良县马街镇家中藏匿,在路上打电话通知其母到农行为其金穗储蓄卡挂失,并连夜返回昆明。之后,何鹏以其同学伏丽仙的名字存入交通银行7300元,以金政波的名字存入47000元,又购买了手机等物品挥霍并将金穗卡丢入下水道。3月5日,陆良县公安机关找到何鹏,何鹏父母遂将这些现金悉数上缴,公安机关以涉嫌信用卡诈骗罪将何鹏拘留。后经审查,公安机关认为是银行电脑系统故障,何鹏不构成信用卡诈骗罪,并于3月12日将其释放。同年4月6日,陆良县检察院又以何鹏涉嫌盗窃罪对其批捕,当天,何鹏被送入陆良看守所,11月13日,何鹏再次取保候审获释。2002年3月11日,何鹏的取保候审被突然宣布取消,何鹏再次被捕送进看守所。

同年4月9日,云南省曲靖市中级人民法院开庭审理此案,未当庭宣判,后于7月12日以盗窃罪判处何鹏无期徒刑。曲靖市中级人民法院认为,被告人何鹏以非法占有为目的,利用银行电子计算系统出现故障,自动柜员机丧失识别能力之机,使用仅有人民币10元的储蓄卡,从自动取款机里提取了银行的人民币429700元,其行为已经构成盗窃罪,且盗窃数额特别巨大。从案情上看,曲靖市中级人民法院认为何鹏恶意占有银行429700元的主观故意是明显的,其理由是:在第一天取钱4400元后,他已经明知银行机械系统发生故障,但仍然在第二天连续不断地取款425300元,并将款交给其母藏匿,同时叫其母将金穗卡挂失。从客观方面看虽然其取款的每笔交易均会在银行留下记录,表面上看不属于秘密窃取的方式,但从其挂失并且抛弃储蓄卡这一情形看,其主观目的是造成一种银行资金损失,不是其行为所致,也就是将公开的记录转变为秘密的窃取过程,所以其行为方式实质上就是属于秘密窃取,被告人何鹏及其辩护人的意见不能成立。因而认定何鹏犯盗窃罪判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

何鹏不服,向云南省高级人民法院提出上诉,高级人民法院驳回上诉,维持原判。

三、裁判要旨

1. 以非法占有为目的,利用银行电子计算系统出现故障,自动柜员机丧失识别能力之机,使用储蓄卡,从自动柜员机窃取了银行的人民币,其行为已构成盗窃罪。

2. 从客观方面看虽然其取款的每笔交易均会在银行留下记录,表面上看不属于秘密窃取的方式,但从其挂失并抛弃储蓄卡这一情形看,其主观目的是造成一种银行资金损失不是其行为所致,也就是将公开的记录转变为秘密窃取的过程,其行为方式实质上就是秘密窃取。

3. 主观上具有非法占有的目的,客观上实施了使用储蓄卡非法套取巨额现金又虚假挂失的行为,其行为具有秘密窃取的性质。

4. 在发现银行自动柜员机出现异常情况后,临时起意盗窃,其行为具有一定的偶然性,与有预谋、有准备盗窃犯罪相比,其主观恶性相对较小;与采取破坏性手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻,主观恶性较小;依照刑法罪责刑相适应的基本原则,对其可在法定刑以下量刑。

四、引发的理论问题

本案作为典型的网络环境下软件著作权侵权案件,在事实认定和法律适用上存在许多争议性问题,主要有以下几点:

1. 何鹏的行为是否构成盗窃罪。本案经过一审、二审、审判监督程序的审理,相关的审理法院始终将何鹏的行为定性为盗窃罪。但是根据这笔由于意外而进入何鹏银行账户内的存款的性质,它是在何鹏的合法占有之下的财物。而我国刑法理论通说的观点,盗窃罪的犯罪对象是绝对不可能是行为人合法占有的财物,因此即使何鹏的主观方面有非法占有这笔巨额款项的目的,客观方面也实施了符合盗窃罪客观行为核心要件“秘密性”特征的行为,但从犯罪对象的角度就否定了何鹏的行为构成盗窃罪的可能性。对这涉及一系列相关刑法理论的理解与适用,笔者将在下文对其逐一展开论述。

2. 何鹏的行为是否构成侵占罪。可以说何鹏在发现其银行账面意外多出巨款以后,上百次的取款是导致何鹏行为入罪的最主要因素。笔者首先根据相关的民法理论,认为何鹏多次取款的行为的性质是一种由不当得利所转化的民事侵权行为。其次,在确定了何鹏的行为不构成犯罪而只是普通的民事违法行为的基础上,结合侵占罪的相关理论,在探讨了侵占罪中“拒不交出、拒不返还”只是作为侵占罪的情节要件而非行为要件,根据本案何鹏在案发后积极还款的情况,认定何鹏的行为虽然已经构成了民事违法的侵权行为,但其行为所具有的社会危害性和主观恶性还没有达到侵占罪的要求,从而否定了何鹏的行为构成侵占罪的可能。

3. 由本案审判所引发的理论探索。对于本该是无罪的行为,为何经过多次审理,最终还是将何鹏的行为错误地定性为盗窃罪?如何确定社会危害性在定罪量刑过程中所起的作用?虽然何鹏行为与许霆的行为类似,但是很明显何鹏行为所具有的社会危害性和所显示出的主观恶性要远远地小于许霆,为何法院最终对何鹏行为所判处的刑罚还要重于许霆?为何直到审判监督程序,也没有查明是什么因素导致何鹏的银行账面内多出巨款?这一重要证据的缺失,对于案件的审理会造成什么样的影响?对于这两个问题的探析,可以逐本溯源,使我们发现导致问题出现的原因之所在,从而有助于我们更好地应对与正确地处理现实中发生的类似问题。

五、关于盗窃罪的研讨

（一）何鹏的行为是否构成盗窃罪的主观方面

我国《刑法》第264条规定，盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取数额较大的公私财物或者多次窃取公私财物的行为。刑法学界的传统观点一般认为，一个行为若构成盗窃罪，即行为人采取自认为不被财物所有人或者保管人所知的方法将财物取走。① 在本案中，从行为人的主观方面来看，何鹏是具有非法占有的目的的。在盗窃案件中，认定行为人是否具有非法占有的目的，需要特别注意有以下两点：一是必须是行为人实施盗窃行为时就具有非法占有的目的，而不是在行为实施后才产生这一目的。亦即要求“责任与行为同存”，这是责任主义原则的题中应有之义。二是不能将盗窃罪中非法占有目的中的“占有”与民法上的占有混同。在民法上，所有权包括占有、使用、收益、处分四项权能，占有是使用、收益、处分的前提，其只是所有权权能的一部分。而刑法中盗窃罪之非法占有目的之“占有”是指利用财物和排除他人权利的意思。同时，也不能将非法占有目的中的“占有”理解为单纯事实上的支配或者控制，否则难免会将一般的盗用行为当成盗窃罪的构成要件行为，这势必会不适当地扩大盗窃罪的处罚范围。②

结合本案，在判断何鹏的在实施多次取款行为时的主观心态时，应结合案情，按照主客观相统一的原则，进行综合的分析和理性的评价；同时，也不能仅凭单纯主观分析何鹏在实施行为的那短短一段时间是怎么想的，而要结合何鹏实施行为的事前、事中、事后等一系列客观情况，来判定其是否具有非法占有的目的。在本案中，被告人何鹏持账面金额为10元的银行储蓄卡到ATM机上查询存款余额，因时逢云南省分行计算机系统发生故障造成ATM机失控，导致何鹏当时银行账面的存款余额要远远高于其实际账面余额，何鹏随即多次在建设银行、中国银行、工商银行等多台ATM取款机上，分多达200多次共取款429 700元，其随后又将该笔存款隐匿，抛弃储蓄卡并且对其进行挂失。从这些行为可以明确地反映出何鹏所具有非法占有所取巨款的主观意图与目的，而这些因素也完全符合盗窃罪构成要件中主观方面要件的要求。因为在何鹏已经意识到ATM机出了故障，且在取款的时候明知以自己的客观经济条件是不可能拥有当时银行账户所显示的巨款，但仍一而再、再而三地反复操作200多次，累计多达40多万元，其非法占有这笔巨款的主观恶性暴露无遗。尽管如此，在肯定何鹏多次取款的时候具有非法占有这笔巨款的主观恶性，那是否就可以将何鹏所实施的行为定性为盗窃呢？我们评价一个行为是否构成犯罪，构成此罪还是彼罪，一定要以犯罪构成理

---

① 参见金凯主编：《侵犯财产罪新论》，知识出版社1988年版，第150页。

② 赵秉志、彭新林：《关于许霆案的法理问题思考》，载《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》（第四卷），北京大学出版社2008年版，第16页。

论作为唯一的判断标准,所以要评价何鹏的行为是否构成盗窃罪,当然要以盗窃罪主客观双方面构成要件作为评价的标准进而展开讨论。那么,在已经明确了何鹏的行为符合盗窃罪主观构成要件的特征要求以后,若要判断何鹏的行为是否构成盗窃罪,则还需对何鹏的取款行为的客观特征以及这笔意外"飞入"何鹏储蓄卡里的巨款等客观要素进行探究,以考察其行为是否满足盗窃罪客观构成要件的基本特征"秘密性"的要求以及根据这笔巨款的性质是否能将其划入盗窃罪犯罪对象之列。

(二)何鹏的行为是否构成盗窃罪的客观要件

1. 何鹏的行为是否满足盗窃罪的基本特征——秘密性的要求

盗窃行为所要求的秘密性,即所谓的"秘密窃取",它是指行为人采取自认为不为被害人所知晓、发觉的方式取得并且占有他人财物的行为。我国刑法理论学界普遍认为,尽管秘密性不是盗窃罪的唯一特征,但它却是盗窃罪行为要件的最基本的特征,它揭示了盗窃行为要件,并且它也是与抢劫、抢夺、侵占、诈骗等其他侵犯财产罪一章中的罪名进行区分的首要着眼点。有的学者认为"盗窃罪的秘密具有主观性,是指行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓,因此即使在客观上财产所有人或占有人知晓也符合盗窃罪的秘密特征。同时,盗窃的秘密具有相对性,是指行为时财产所有人或占有人不知晓,即使财产所有人或占有人知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征。"①笔者基本赞同这种对"秘密性"界定的看法,但是认为应该在此基础上对其进一步的明确,以补正其实质内涵。笔者从盗窃罪的"秘密性"的结构着手,认为其应包括下列几个部分:

其一,秘密具有相对性。即秘密性只是针对特定的财物被害人而言的,至于其他人是否发现或者知道行为人正在实施的行为,在所不问。而所谓的特定财物被害人是指财物的所有人、控制者、实际占有人、保管人等。在此基础上,应该注意以下几点:第一,如果财物的所有人和实际控制者、占有人、使用人不是一个主体的时候,应该以财物的实际控制者、占有人、使用人是否知晓为标准。因为如果在此时强调财物所有人是否知晓,是不合适也是不明确的。第二,如果财物是由多个财物所有人、占有人、使用人所实际共有、占有、使用的时候,只要行为人自认为财物所实际控制的人不知晓,至于其他共有人、占有人、使用人是否明确,并不影响盗窃行为的成立。

其二,秘密具有自我性。即是指行为人在取财的时候自认为秘密的,至于客观上是否被他人所知晓,即使是财物的实际控制者发觉了取财行为,也并不影响盗窃罪的成立。例如,小偷在行窃的时候,以为财物的所有人当时正在休息,根本不会发现自己的取财行为,但是财物所有人已经发觉,由于种种原因,而没有阻止。对于这种取财行为,行为人自认为是秘密的,仍应定义为盗窃罪;反之,如果小偷已知道被害人知道自

① 陈兴良:《许霆案的法理分析》,载《人民法院报》2008年4月1日。

己的取财行为,但是使用眼神威胁被害人不要出声,而继续实施行为,此时行为人的行为已经具有了公然性,因而应该定性为抢夺。

其三,秘密贯穿于整个取财行为的始终,而相对于取财行为它具有当即性。即这是相对于取财行为的当即时态而言的,具体就是指行为人实施取财行为的当时,而不是在取财行为之前,也不是在取财行为之后,所以,如果被害人在事后发现财物已丢失,且也能判断出取财者为何人的时候,也不影响秘密性的成立。

其四,秘密具有恒定性。即秘密性必须始终贯穿行为人整个行为的始终。如果在窃取财物的过程中,行为人改变了主观上"秘密窃取"的意图,转而采用暴力、胁迫、欺骗等手段取得财物,那么也就决定了其犯罪性质发生了转化,"秘密性"当然也就荡然无存,此时当然也就不能按盗窃罪论处。

从以上几个方面对《刑法》中的秘密窃取中的"秘密"一词的四个层次的分析,我们可以肯定何鹏实施的多次取款行为是符合《刑法》中"秘密窃取"的含义。首先,因为何鹏实施的行为符合秘密性的相对性要求,即何鹏在实施取款行为的时候银行并不知晓这一情况。虽然何鹏是利用真实的银行卡和输入自己的账户资料取款,银行也能够根据账户信息追查到何鹏的真实身份,但是不能因此否定银行对何鹏实施多次取款行为是不知晓的,"身份的公开并不能否定其行为的秘密性,不能将盗窃罪中要求的行为的秘密性等同于身份的秘密性,混淆两者的区别"。① 即使退一步讲,如有的论者曾提到:"ATM 机的智能性,受主机系统控制,被程序设计者赋予了识别、反应与操作能力。当时,ATM 机认知并确认身份与密码,回应、提示、打单、付款等,证明 ATM 机及主系统当时知晓,也就是为银行当时知晓"②,承认银行在何鹏当时实施多次取款的行为是知晓的,但也是把何鹏当作是合法的取款人,而绝对不可能在何鹏实施取款行为的当时就知晓了由于自身系统出错而导致打入何鹏账户巨额款项的事实。可以说银行是在陷入了重大误解的情况下,与何鹏实施了一系列的交易行为。所以,银行即使对何鹏的取款行为是知晓的,但也只是处于"一知半解"的状态,其性质是处于陷入重大误解而导致的误知状态,等同于不知。其次,何鹏在当时取款行为时自认为是不被银行所知晓,其行为是秘密的。从何鹏取款两天以后,将所取的巨款带回家中藏匿,并且嘱咐家里人将银行卡到银行挂失,就是行为人何鹏在认为自己实施多次取款行为时,银行并不知晓,所以其想采取一系列措施将这种"秘密"的状态一直维持下去的心态。因此,从以上几点可以判断出何鹏的行为是符合《刑法》盗窃罪客观行为核心要件"秘密性"要求的。

---

① 赵秉志、彭新林:《关于许霆案的法理问题思考》,载《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》(第四卷),北京大学出版社 2008 年版,第 16 页。

② 王仲兴:《许霆行为不构成犯罪》,载《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》(第四卷),北京大学出版社 2008 年版,第 180 页。

2. 意外“飞入”何鹏账户的款项是否可以作为盗窃罪的犯罪对象

判断何鹏的行为已经符合盗窃罪的主观构成要件的要求和客观行为的特征,那么是否就可以断定何鹏的行为构成盗窃罪?答案当然是否定的,因为不能忽略犯罪对象在犯罪行为定性过程中所起的作用。

按照通行理论,犯罪对象是指“刑法分则条文规定的犯罪行为所作用的客观存在的具体人或具体物”。① 虽说犯罪对象不是每一种犯罪的必备构成要件,但犯罪对象对于犯罪行为的定罪和量刑同样有着重要的意义。有些犯罪对象也是该种犯罪必不可少的构成要件,它影响着一个行为的定性,因为行为只有作用于某特定的对象时才能构成犯罪。因此,从这个意义上讲,如果何鹏银行卡里由于“意外”而多出的巨额款项可以作为盗窃罪的犯罪对象,就可以确定地将何鹏多次取款的行为定性为盗窃罪。

盗窃罪的犯罪对象,是指公私财物的所有权,这是我国刑法理论学界所明确承认的。但是对于盗窃罪犯罪对象的外延范围,学界还是存在诸多争议。大体上存在以下四种学说:

其一,有体说。该说认为刑法上的财物仅指有体物。无体物不是财物,因而无体物不是盗窃罪的对象,但有体物不以固体为限,还包括了液体和气体。该说认为,煤气可以成为盗窃罪的对象,但电力等能源却不能成为盗窃罪的对象。②

其二,持有可能性说。该说认为只有事实上可以支配的财物才能成为盗窃罪的对象。对于那些虽然所有权属于自己,但是实际上无法控制的财物不能作为盗窃罪的对象。③

其三,效用说。该说认为只要有经济价值、具有用途和性能的物质,都是财物。据此,信息也可能成为盗窃罪的对象。④

其四,管理可能性说。该说又分为物理管理可能性说和事务管理可能性说。其中事务管理可能性说认为,不仅是有物理管理可能性的东西才是财物,债权之类的具有事务管理可能性的东西也是财物。而物理管理可能性说则认为,财物都应当限定在有物理管理可能性的范围内,仅有事务管理可能性而无物理管理可能性的东西不是财物。这个学说认为权利不是财物。⑤

对于上述四种学说,笔者比较倾向于效用说,即只要认为能有经济价值、具有用途和性能的物质,都可以作为盗窃罪的犯罪对象。而有体说、持有可能说、管理可能性说都在无形当中缩小了盗窃罪的保护范围而不利于对公私财产的保护。

---

① 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第二版),北京大学出版社、高等教育出版社 2006 年版,第 61 页。

② 参见董玉庭:《盗窃罪研究》,中国检察出版社 2002 年版,第 22 页。

③ 参见赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社 1999 年版,第 99 页。

④ 同上注。

⑤ 参见刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 23 页。

在明确了盗窃罪的犯罪对象范围以后,根据相关的司法解释,可以明确"盗窃罪犯罪对象所具有的一个共同特征,即财物在被盗时必须为他人所占有。"[①]也就是说,盗窃罪的犯罪对象必须是他人占有的财物,对于自己占有的财物不可能作为盗窃罪的犯罪对象的。从客观上说,"占有是指事实上的支配,不仅包括物理支配范围内的支配,而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。从主观上说,占有只要求他人对其事实上的支配的财物具有概括的、抽象的支配意识,既包括明确的支配意识,也包括潜在的支配意志。"[②]所以行为人在实施盗窃行为之前,财物一定是在所有人、占有人或者使用人所支配的范围之内的财物。占有实际上是处于无人管理或者控制的财物或者非法占有自己已经实际控制的他人财物都不可能构成《刑法》上的盗窃罪,这是由盗窃罪的客观行为的基本特征——秘密性所决定的,因为"秘密窃取的前提是企图占有的财物必须是为他人所实际控制的。既然物主已丧失对财物的控制,怎么能说行为人是秘密窃取的?"[③]在本案中,何鹏持实际上只有 10 元余额的储蓄卡去银行 ATM 机上查询储蓄卡余额,时逢银行计算机系统发生故障抑或是由于其他原因,而使得一笔巨额款项打入何鹏的银行账户中,对于这笔错打入何鹏账户中的存款应该如何定性,银行是否已经对其丧失了占有,它能否作为盗窃罪的犯罪对象等相关的一系列问题,笔者将在下文逐步作出分析。

首先,应当明确这笔款项并不是何鹏通过自己的行为取得的,而是因为银行的计算机系统出错或者是由于其他储户在存款时出现严重错误,致使这笔巨款误打入何鹏的银行账户中,并且这是出于何鹏的意志之外,所以笔者认为,这笔款项在性质上应属于"没有法律上的原因"之给付所产生的不当得利。不当得利,是指一方并非因自己的违法行为,但又没有合法的根据,使他人受到了损害而自己得到了利益,其作为一种法律事实,与民事法律行为、无因管理及侵权行为等同为债的发生根据。我国《民法通则》第 92 条明确规定:"没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当得利返还受损失的人。"[④]不当得利包括以下四个构成要件:即(1) 取得财产上的利益;(2) 致他人受到损失;(3) 取得利益与所受损失有因果关系;(4) 无法律上的原因。[⑤] "无法律上的原因之给付,则是指在欠缺给付目的前提下而错误地进行了给付行为。给付的实质内涵,是指利益之给与,是有意识地,基于一定目的而增加他人财产。"[⑥]而将这笔款项的性质定性为"无法律上的原因"之给付的不当得利的理由如下:

---

① 董玉庭:《论盗窃罪特殊对象》,载《北方论丛》2004 年第 2 期。
② 张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社 2003 年版,第 766 页。
③ 赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 158 页。
④ 魏振瀛主编:《民法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版,第 573 页。
⑤ 参见张俊浩主编:《民法原理》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 931—932 页。
⑥ 王泽鉴:《不当得利》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 37 页。

第一,何鹏对其取款时储蓄卡中显示的款项具有事实上的占有。不能因为这笔款项在何鹏取款的时候,存在银行的ATM机里,就否认何鹏对这笔款项所形成的事实上的占有关系。有论者认为:"占有是指人对财物的实际上的支配、管理状态。"①也有论者认为,占有是指"行为人对财物实际上的支配,即依规范的、日常生活状态下的社会观念标准判断存在事实上的财产控制关系。"②更有论者从主客观相结合的角度对占有进行了定义:"(1)物理的现实支配要素,即事实上的支配;(2)规范的、社会的要素,即应根据社会生活的原则判断事实的支配;(3)精神的要素,即占有的意思。前两种要素被称为客观的要素,后一种要素被称为主观要素。"③不管如何对占有的性质进行界定,都不可否认在何鹏取款的时候这笔巨额款项是在其控制占有之下的。即使表面上看,在何鹏通过ATM机取款的整个过程中,存款是在银行的监控之下,但实际上何鹏对这笔巨款的占有状态已经"割断"了银行对钱款的控制。因为"只要是财物在被人采用物理手段加以掌控的时候,固然属于被实际支配或者控制,但从社会生活的一般常识和规则来看,能够推断某财物处于被他人所支配或者控制的状态的时候,也能说该财物处于被他人实际支配或者控制之下只要行为人能够实际支配,就能够形成占有关系。"④一方面只要何鹏持卡在ATM机上取款,在插入真实的储蓄卡,输入正确的密码,通过ATM机的核实以后,ATM机原则上都要为何鹏提供取款服务,使何鹏可以在自己储蓄卡显示的数额范围内提取所需款项,银行是不进行任何实质性的审查。所以,可以说,何鹏作为一个储户,对于其账户内的款项有当然的占有、所有权。另一方面,对于任何普通储户,银行对于储户存入其中的款项只是起到一种保管作用,类似于庞大的保险箱,所以,在储户的银行账户范围之内,储户对自己的账户上的财物才有权利控制和支配,因此在何鹏取款的当时,由于意外而打入何鹏账户里的巨额款项,处于如果何鹏想要取款,可以随时取款的实际支配状态,由此可见,这笔巨款是属于何鹏占有的财物。退一步讲,即便是在何鹏没有发现其储蓄卡内因他人误存或者银行计算机系统出现故障而存入了巨额款项,而银行却发现了何鹏储蓄卡内这笔性质特殊的巨款的情况下,银行也不能单方面地纠正这个错误,而应该通过一定的程序通知何鹏并取消或者划转该存款,而在银行采取相应的措施及时补救之前,都必须承认何鹏对这笔巨款的实际控制占有的事实。这是因为在ATM机上取款的行为是一种要式行为,其是指法律规定进行一定的民事法律行为必须采用某种特定的形式,即公民、法人和其他民事主体在设立、变更、终止民事权利和民事义务时,必须遵照法律要求的形式,其所实施的法律行为方能成立;凡不具备法律规定形式的民事行为便不能成立。而在

① 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第40页。

② 周光权:《财产占有与盗窃罪、侵占罪的区分》,载《人民法院报》2003年3月7日。

③ 童伟华:《论日本刑法中的占有》,载《太平洋学报》2007年第1期,第13页。

④ 黎宏:《论财产犯中的占有》,载《中国法学》2009年第1期、第122页。

ATM 机上取款就是一种要式法律行为。所以不管何鹏是否发现储蓄卡内这笔意外“飞来”的巨款，在银行采取相应的程序告知何鹏取消或者划转该存款，何鹏对这笔巨额存款就具有法律意义上和事实意义上的占有。

第二，何鹏储蓄卡里所显示的巨款的占有是银行或者由于他人的错误而造成的，并不是由于何鹏通过自己的行为而取得的。巨款出现在何鹏银行账户内部之前，何鹏既没有非法占有这笔巨款的故意也没有实施在此主观意识下所支配的客观非法占有行为，可以说，何鹏对这笔巨款的占有并不是非法的。

第三，既然何鹏对这笔钱款具有法律性质和实际意义上的占有，并且是由于意外原因而获得了对这笔巨款的占有，那么必然导致这笔款项相关主体的权利，即银行对这笔款项的占有权抑或误存这笔款项的所有人的权利受到了损害，所以何鹏的获利和这笔款项真实所有人的权利受损是有因果关系的。

由此可见，这笔款项性质上是属于无法律原因而从事的给付所导致的不当得利。所以，何鹏在实施取款行为之前，银行已失去了对这笔巨款的占有，而由何鹏对这笔款项进行实际意义上的占有。对于自己所实际占有的财物是无论如何也不可能成为盗窃罪的犯罪对象的。这也是区分盗窃罪和侵占罪的主要着眼点所在。[①] 因此，本案中这笔由于他人误存或者银行计算机系统故障而进入何鹏储蓄卡里的巨额存款并不符合盗窃罪犯罪对象的特征要求。

综上所述，虽然何鹏多次取款的行为符合盗窃罪的主观构成要件和盗窃罪客观行为核心要件“秘密性”的特征与要求，但是这笔意外“飞入”何鹏账户内的巨额款项在何鹏实施取款行为的时候是在其实际控制之下的，因此，也就决定了何鹏的行为所指向的对象不符合盗窃罪犯罪对象的特征要求，进而可以认定其行为不构成盗窃罪。

六、关于侵占罪的研讨

（一）何鹏的行为是一种由不当得利所转化的民事侵权行为

根据上文讨论，在对何鹏的行为是否构成侵占罪进行刑法定性前，已经明确其行为的民事违法性。而笔者认为，应该将何鹏的行为进一步定性为——基于无法律原因的给付而产生的不当得利所转化的民事侵权行为，即不当得利是民事侵权行为转化前的形态，民事侵权行为是由不当得利所转化后的最终结果。具体结合本案，根据上文分析，这笔由于意外而打入何鹏账面上的巨款在性质上是属于无法律原因而给付所产生的不当得利。而“导致不当得利产生的因素很多，但不当得利本质上是属于事件，与人的意志无关，其不以得利人有行为能力或识别能力为前提，不是由受益人的意志决

① 参见黎宏：《论存款的占有》，载《中国检察》2008 年第 15 期，第 21 页。

定而取得的。"[1]在何鹏发现了其账户由于意外而多出的巨额存款的时候,他并不能确定这笔巨款真的在其控制之下。所以只要是何鹏有"试取"的心态,即为了确定这笔巨额存款是否真的在其控制之下的心态支配下所实施的取款行为,都应定性为不当得利。但是在其已明确这笔由于意外因素而"飞人"自己账面的存款,不仅在自己的账户内,而且自己可以随意随时支配这笔存款的情况下,其后又实施了200多余次取款的行为,则不应再定性为不当得利。因为何鹏后续的取款行为都是在明确的主观意图的支配下所实施的,这完全不符合民法上不当得利作为一种与行为人意志无关的事件的本质属性。因此,当何鹏的主观目的由开始的无占有意识的取款转化为非法占有这笔巨款的意图的时候,就意味着何鹏的行为的性质发生了质的变化,即由开始不当得利转化为最终的故意侵权行为。为了更好地说明这个问题,笔者将在下文对不当得利与侵权行为之间的区别作出阐述。

民事侵权行为是指行为人因过错侵害他人的财产和人身,而应依法承担民事责任的行为。侵权行为与不当得利的区别,主要体现在以下几点:第一,它们的构成要件不同。而这也是区分不当得利与侵权行为的首要着眼点。不当得利在性质上属于事件,即作为事件类的民事法律事实其成立不需要任何主观要件,所以这是不当得利与侵权行为最大的区别。侵权行为的构成要件(这里的民事侵权行为是指一般民事侵权行为,而不包括特殊民事侵权行为),包括要有损害实施的客观存在,既包括财产损失,也包括非财产损害;行为具有违法性,即民事侵权行为违背了法律的禁止性或者命令性的规定;在实施民事侵权行为时要有过错,即应是在故意或者过失的心态下所实施的侵权行为;违法行为与损害后果之间有因果关系。由此可见,侵权行为的成立则须以主观存在过错为要件。第三,法律后果不同。不当得利的返还范围,民法学界一般认为,根据受利人的主观是善意或是恶意的不同,决定了其受益人的返还范围。善意受益人,即其不知自己所占有的利益是没有法律上或是合同上的根据,其所返还的利益仅以现存利益作为返还责任,如果其获取的利益在返还的时候不存在,则免受返还或可以用同等价值的金额进行替代并且还得向相关权利人主张其取得这部分利益所支出的必要费用以及对受领该利益所支出的必要费用的返还;而恶意受益人,是指受领人于受领该利益时知道无法律上或合同上的原因,其应将受领时所得利益附加利息,一并偿还;如有损失,应该负责赔偿。而侵权责任则是不管侵权人的主观过错为何,都要根据侵权行为所实际造成的损害进行补偿。由此可见,民法设立不当得利的制度的宗旨就是为了规范私法上无法律原因的财产变动,使得欠缺法律上原因的财产变动得到矫正,来保护真正的财产归属;而民事侵权制度,则是一种以惩罚与预防为目的设立的,其宗旨是为了使主观上有过错并且实施了损害他人民事权利行为的主体得到相应

---

① 魏振瀛主编:《民法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第573页。

的法定否定评价的后果，由此可见，侵权制度带有矫正和预防的功能。所以，虽然不当得利并不以行为人的主观是否存在过错为构成要件，但是如果行为人在获得了不当得利以后，是明显利用了相关权利人的错误而实施后续行为造成了权利人的权益受到损害成为必然时，则其主观就有严重的过错并且其行为已经在质上发生了转变，即从不当得利转化为一种民事侵权行为。

在本案中，何鹏在明知由于某种原因而使得其银行的储蓄卡内多出巨额款项后，从试探性的第一、第二次取款到后来所实施的多达200多次的取款行为，很明显何鹏已具有占有这笔巨款的主观恶意。而在行为的性质上，由于何鹏的行为已违反了其与银行之间所设定的权利义务的约定，即其多次取款行为既无法律上的许可也无相关权利主体的授权，也更不是具有免责事由的紧急避险、自助行为、第三人的过错、意外事件等原因，所以何鹏的行为不在合法范围之列，而是具有很明显的违法性。又因为何鹏的取款行为，必然损害了相关权利主体的权利，因此取款行为导致相关权利主体的权利受到损害存在因果关系。由此可见何鹏的行为在性质上已演变成为一种侵权行为，而非最开始的不当得利。

（二）何鹏的行为不构成侵占罪

侵占罪是属于结果行为获利性的犯罪，其最大的特点是行为人取得财物的行为本身不是非法的，不构成犯罪，但是其结果行为即对财物的处置而导致了犯罪，所以侵占罪客观行为的最大的特点就是“变合法持有为非法所有”，这也是侵占罪不同于其他非法占有型侵犯财产罪的基本特征。正如上文所述，何鹏对于这笔意外“飞入”储蓄卡中的巨款占有，既没有非法占有的故意也没有实施在此主观意识下所支配的客观非法占有行为，所以这种占有行为并不是非法的。所以，对本案行为定性产生争议的焦点，主要集中于何鹏在占有这笔巨款之后通过200多次取款的行为取出巨额现金，并且在案发当日主动返还这笔巨款的行为如何定性。所以从这个角度上说，与何鹏行为的性质最靠近的各罪不是司法机关在一审、二审中所定性的盗窃罪，而应该是侵占罪。要考察何鹏的行为是否构成侵占罪，就要围绕着这笔性质上属于不当得利的巨款是否在侵占罪的犯罪对象之列，并且何鹏在实施多次取款行为之后在案发之日又主动还款的行为是否满足侵占罪客观行为要件特征的要求这两个问题进行分别分析。

在刑法理论学界，通说认为侵占罪是指以非法占有为目的，将代为保管的他人财物，或者持有他人遗忘物、埋藏物非法据为己有，数额较大，拒不退还、拒不交出的行为。[①] 由此可见侵占罪的犯罪的对象包括三类，即代为保管的他人的财物，遗忘物与埋藏物。而性质上属于不当得利的这笔巨款是否可作为侵占罪的犯罪对象？对于这个问题的认定，涉及对于侵占罪客观行为要件“代为保管”的含义的理解。对“代为保管”

① 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社1997年版，第649页。

的理解,尽管刑法学界有诸多表述,但是目前比较通行的看法是,对"代为保管"不应该作过于狭义的解释,即应认为"它并非仅指基于保管合同、仓储合同而代他人保管财物这一种情况;'代为保管'的产生原因和根据是多种多样的,既有基于法律上的原因和根据所产生的,包括基于委托关系的代为保管、出于前行租赁关系、基于借用关系、基于担保关系而使用的质押和留置;有基于事实上的原因和根据所产生的'代为保管',比如基于无因管理的代为保管、基于不当得利而产生的代为保管、基于不法给付而产生的代为保管"。[①] 在本案中,这笔由于意外原因而"飞入"何鹏账户内的巨额款项的性质正是不当得利,并且在刑事法学界和司法实务部门一般也都认为不当得利可以列入"代为保管"的财物的范围之列,因此,可以确定这笔巨额款项属于侵占罪的犯罪对象,所以其符合构成侵占罪的前提条件——"代为保管的"他人财物的要求。

既然确定了这笔巨款可作为侵占罪的犯罪对象,那么何鹏的行为的性质是否为侵占罪,就要看其行为是否符合侵占罪客观行为构成要件的特征。侵占罪在客观行为方面的要件,表现为将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还或拒不交出的行为。由此可见侵占罪客观方面必须同时具备四个方面的要件:一是事先持有;二是非法占为己有;三是数额较大;四是拒不退还或交出。在本案中,何鹏先后多次取出 429 700 元现金而这笔巨款的性质又属于不当得利,而且在何鹏实施取款行为之前,这笔巨款是由何鹏占有的。很明显通过这些因素,已经能够判定出其行为符合侵占罪客观行为构成要件中"数额较大"、"事先持有"的要求,所以只需要对何鹏的行为是否符合"非法占为己有"、"拒不退还或者拒不交出"的要求来进行判定。

非法占为己有,即将自己事先所持有的财物拒为己有,它是变"合法持有"为"非法占有"的标志。所以"非法占为己有"这一要件是成立侵占罪的核心所在。而非法占为己有的含义,刑法理论学界存在着争议。有的论者认为,"非法占为己有,是指非法占有为目的,以扣留、侵吞等手段,直接或采用改头换面的方式将代管的他人财物自己使用和借他人使用,拒不退还,或者将代管的他人财物擅自处理,无法退还原物,又不退还价款的行为"[②];有的论者认为"非法占为己有",是指行为人意图使自己具有类似于所有人的地位,或者说有"归己所有"的非法意图[③];还有论者认为,"非法占为己有"的含义,只是包括客观方面的行为,而不包括主观方面的要件,"非法占为己有,是指行为人将其保管的他人财物加以扣留,应退还而不退还的行为"。[④]

笔者赞同第一种观点,即认为"非法占为己有"是一个包括主客观双方面的统一体,也就是行为人将他人委托的财物非法据为己有的主观目的在客观上的表现。因为

---

① 参见赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 268 页。

② 张凤阁:《最新刑法释义与适用指南》,中国检察出版社 1997 年版,第 450 页。

③ 王光华、刘锁民:《论侵占罪的构成要件》,载《现代法学》1999 年第 4 期,第 122 页。

④ 刘家琛:《新刑法条文释义》(下),人民法院出版社 1997 年版,第 1197 页。

刑法评价任何一个行为是否构成犯罪，都是要结合主客观两个方面进行的，坚持主客观相统一又是我国《刑法》的一项基本原则，所以既然“非法占为己有”是成立侵占罪的核心之所在，评价“非法占为己有”就一定要从主客观两个方面进行。如果按照第二种观点和第三种观点所论述的，则不免有主观归罪或客观归罪之嫌。因为如果行为人只产生“将他人财物非法占为己有”的目的，试图对委托物进行处分，但是最终并没有将此目的付诸于实践，当然不能对行为人按侵占罪处理。同理，对于将他人的委托物进行处分的，但并不是基于“非法占为己有”的目的而是由于其他因素，此时行为人的行为当然也不构成侵占行为，自然也就不能构成侵占罪。

在司法实践中，具体“非法占为己有”的表现方式，可以分为以下两种：(1) 具有法律效力的支配行为。具有法律效力的支配行为就是行为人对事先合法持有的他人的财物实施了具有法律效力的行为对财物进行了处分，它又可以划分为两类：其一，非法转移财物所有权。它是指将事先合法持有的财物通过法律手段而取得该财物的所有权，使该财物的所有权发生了转移，使他人丧失了对该财物的所有权，从而对该财物非法占为己有。如将事先合法持有的不动产通过到相关机关变更登记的方式，而取得了该不动产的所有权。非法转移财物所有权，实际上是形式上使原财物的所有人丧失了财物的所有权。其二，法律上的处分行为。民法上的处分行为是指以发生处分效力为内容而使物的所有权发生变动的行为。处分行为在民法上，是所有权中占有、使用、收益、处分等四项权利中最重要的权利，因为其行使的结果就往往预示着物的所有人发生变动，原物的所有人对该物的权利也即消失，所以只有物的所有者才能对物行使处分行为。当行为人对其并不拥有所有权的财物进行了法律上的处分行为，从实质上剥夺了原财物所有人对该财物的所有权，因此只要行为人以非法据为己有为目的，对财物实施了具有法律效力的处分行为，就可以认定其为侵占。在民法上看，具有法律效力的处分行为，包括买卖、赠与、抵偿债务、抵押、留置等行为。(2) 事实上对财物的支配行为。这是指行为人没有通过法律行为而对他人财物进行了消费或者隐匿等处分行为。虽然行为人没有行使具有法律效力的行为，但是实际上已经剥夺了他人的财产所有权。

在本案中，何鹏在得知其储蓄卡意外地多出了百万元的巨款以后，很明显他十分清楚这笔巨款不属于他所有，而他对自己家庭的客观经济状况的了解，可以使其明确他的亲属、朋友和邻居，也是不可能在没通知他的情况下而往他的储蓄卡中存入这么一笔巨款，而何鹏在前几次试探式的取款行为以后，又实施了多达 200 多次的取款，可以确定何鹏对占有这笔巨款的主观故意。在取款之后，何鹏让其母亲将此卡挂失，他自己又将此储蓄卡抛弃等这一系列情形，也可以确定何鹏具有非法占有所取的巨额款项的目的。所以，何鹏在占有这笔巨款的主观故意和目的的支配下，实施了多次取款行为，并且在取款之后对这笔巨款中的部分款项进行了挥霍，可见何鹏的这些行为皆

符合上文“非法占为己有”的两种表现形式，既包括法律上对这笔巨款的处分行为，又包括在事实上对这笔财物的支配行为。所以何鹏多次取款的行为完全符合“非法占为己有”的特征，即将他人的财物非法据为己有的主观目的在客观上的表现。

经过上述的分析，已经明确何鹏的行为符合侵占罪的核心要件，即“非法占为己有”的行为要件的特征，但何鹏的行为是否构成侵占罪，还不能轻易作出结论，而还要结合案情的实际情况与我国刑法理论中有关侵占罪的法理以及立法情况作更深一步的研究与分析。因为不能忽视何鹏在案发之日主动返还巨额款项这一个重大的行为要件，其显然不符合侵占罪的“拒不退还或者拒不交出”的要件的特征。所以，要对何鹏的返款行为作出准确的定性，就需明确“拒不退还或者拒不交出”在侵占罪中的地位，即其是否作为侵占罪的必备行为构成要件，若其能作为侵占罪的必备行为构成要件的话，那么说明何鹏的行为是不满足侵占罪全部行为构成要件的要求，则何鹏的行为不构成侵占罪；反之，如果“拒不退还或者拒不交出”并非侵占罪必备的行为要件的话，那么当何鹏将这笔巨款分多次提出并非法占为己有的时候，何鹏的行为就已经构成了侵占罪。

而对于“拒不退还、拒不交出”在侵占罪中所处的地位和其性质如何，刑法学界一直存在较大的争议。刑法学界存在以下几种有代表性的观点：

1. 复合说。该说认为，“非法占为己有”的行为和“拒不退还”、“拒不交出”的行为，共同构成侵占罪的“侵占行为”。如果行为人只是实施了非法占有行为，而没有“拒不交出”行为，因其“侵占行为”不完整，而不能构成侵占罪，只能构成民事上的侵权行为。①

2. 包容说。该说认为，“拒不归还”、“拒不交出”不是侵占罪构成要件客观方面的内容，而只是对非法占为己有的强调和进一步说明，视为确认固定持有人违法占为己有的意图提供充足的依据。“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”之间是包容关系，前者是主要的，后者处于从属地位。②

3. 核心说。该说认为，我国《刑法》中侵占罪之侵占行为的本质并不是非法据为己有的行为，而是拒不退还或交出的行为。因为我国《刑法》中的侵占行为以拒不退还或交出的行为为终结，而不是以非法据为己有为终结，因为持有人将物变卖、质押以后，尽管已表现了不法所有的意思，但尚不能说明持有人一定不会退还或交出持有物，只有主观上具有不法所有的意思，客观上将持有之物拒不退还或拒不交出的，才构成我国《刑法》中的侵占罪。③

4. 情节说。该说认为，在侵占罪的构成要件中，侵占行为是侵占罪构成客观方面

---

① 参见周少华：《侵占埋藏物犯罪的若干问题探析》，载《法律科学》1998 年第 3 期。
② 参见周光权：《侵占罪疑难问题研究》，载《法学研究》2003 年第 3 期。
③ 参见于世忠：《拒不退还或拒不交出的含义探微》，载《当代法学》2000 年第 3 期。

的行为，而"拒不退还"、"拒不交出"则是侵占行为构成要件的附加要件，其作用相当于我国刑法分则理论中作为"情节犯"成立说应达到的"情节严重"。[1]

笔者基本赞同情节说，即认为"拒不退还"、"拒不交出"是侵占罪的必备要件，但它并不是作为侵占行为的要件，而是作为侵占罪中的一个情节要件，其所起的作用是为了对"非法占为己有"进行限制；但认为"拒不退还"、"拒不交出"和"非法占为己有"之间是并列关系，它们作为侵占罪的独立要件对侵占罪的成立产生决定性的影响。理由如下：首先，如果按照"并列说"与"核心说"的理论，则一个完整的侵占行为，不仅要包括将合法持有的财物"非法占为己有"，而且要具备"拒不退还"、"拒不交出"的行为要件，即若行为人将持有的财物非法占为已有以后，侵占行为还没有完成，也就是当权利人或是其他相关人提出返还的要求后而退还财物的，就不构成侵占行为，当然也就不构成侵占罪。如有的论者所论述："仅有非法占为已有的事实只能构成民事法上的侵占行为，尚不能构成刑事法上的侵占，只有同时还存在拒不退还或交出的行为，才能成立侵占罪。"[2]但笔者认为这两种学说的最大弊端，就是没有认清侵占罪的本质就是将所持有的他人财物非法占为已有的主观意图通过客观行为表现出来，即只要行为人实施了在客观上足以表明行为人欲将自己所持有的他人财物非法转变为自己所有目的的行为，侵占行为即告成立。而"拒不退还"、"拒不交出"则是行为人在实施了非法取得他人财物以后所实施的行为，它只是对"非法占为已有"行为的进一步强调、补充和说明，而并没有揭示侵占罪的本质。所以只要行为人易合法持有为非法占有，实施了非法占有所保管的他人财物的行为，侵占行为就已经实施完毕，即使行为人在权利人的要求下将物返还的，也并不能否定侵占行为已经成立。其次，如果要将"拒不退还"、"拒不交出"与"非法占为已有"共同作为侵占罪的犯罪构成要件甚至构成侵占罪的核心要件的话，那么就意味着侵占行为是否成立，要取决于权利人是否向行为人提出了追索的要求。因为既然没有行为人明示提出或是通过自己的行为表明其提出"返还"的要求，当然也就不存在"拒不退还"、"拒不交出"，也即"拒绝"的意思表示与相应的行为，一定是针对他人的"索要"请求而言的。这样就会导致行为人的行为是否构成犯罪要完全取决于权利人的主观意识，而不管行为人在客观上是否实施了侵占他人财物的行为，这无疑违背了罪责刑相适应的基本原则。再次，若将"拒不退还"、"拒不交出"视为侵占行为的一部分的话，就意味着侵占行为要以"拒不退还"、"拒不交出"为终结，而不是以"非法据为己有"为终结，即使行为人实施了相应的将财物非法占为已有的行为，但是客观上若没有将持有之物"拒不退还"、"拒不交出"的，侵占行为就没有实施完结。而由于"拒不退还"、"拒不交出"的行为是行为人没有履行相应的返还义务，它们

---

① 参见何帆：《论侵占罪中的"拒不退还或者拒不交出"》，载《学术探索》2001 年增刊。

② 周光权：《侵占罪疑难问题研究》，载《法学研究》2002 年第 3 期。

是一种消极的不作为,这样就意味着我国《刑法》中的侵占罪的侵占行为只能以不作为的方式来实施。然而在现实司法实践中,侵占行为是既可以不作为方式实施,也可以作为方式实施,而在大多数情况下往往是通过积极的作为行为来行使的,如出卖、赠与、使用等积极处分财产的行为。侵占罪既可以是以作为方式来实施,也可以不作为方式来实施,可以说这在德日大陆法系国家刑法理论是没有争议的问题。所以,“拒不退还”、“拒不交出”并不是侵占行为的构成要件,而是和“数额较大”一同作为侵占罪的情节要件。另外,笔者不赞同相容说所认为的,“‘拒不退还’、‘拒不交出’作为‘非法占为己有’的附属要件,后者是主要的,前者是对后者的补充”的观点,而是认为它们和“非法占为己有”一样,都是作为该罪的独立要件,对于侵占行为的成立产生决定性的影响。它虽然对于“非法占为己有”起到强调、补充和进一步说明,但是它并不是作为附属要件而存在的,而是和“非法占为己有”之间是一种并列关系。从行为人将合法持有的他人财物非法变为自己所有的意思和行为已经明确的那一刻起,就可以视为侵占行为已成立。但此时行为人的行为还不一定构成侵占罪,只有当行为人在权利人提出索要财物要求的时候,行为人“拒不退还”、“拒不交出”,且物的数额较大的情况下,即成立“情节犯”所应达到的“情节严重”的标准时,才能构成侵占罪。实际上,立法上将“拒不退还”、“拒不交出”作为一个独立的情节要件规定在侵占罪的刑法条文中,是为了要缩小刑法的打击面,将侵占罪划定在客观行为严重、主观恶劣并且情节严重的这一类案件的范围内,对那些虽然实施了侵占他人财物,但是客观危害性极小的,主观恶性不大的行为可通过民事法律来调整。可以看出这一情节要件是民事违法行为向刑事违法行为转化的关键,它体现了宽严相济的刑事政策与刑法的谦抑性精神。

因此,可以确定“拒不退还”、“拒不交出”并非是侵占罪的行为要件,而是和“数额较大”共同构成侵占罪的必备的情节要件,并且它们和“非法占为己有”一样,都是作为该罪的独立要件,对于侵占行为的成立产生决定性的影响。

根据上述分析,在本案中,何鹏虽然实施了将这笔巨额款项“非法占为己有”的行为,使得其行为的性质从最开始的不当得利转化为一种侵权行为,但是何鹏在案发当日主动将占有的现金予以返还,所以他的行为并不符合“拒不退还、拒不交出”的要件要求;并且通过何鹏履行归还巨额款项的义务的行为,那么就可以表明他的行为虽然构成侵权,但是其行为所具有的社会危害性以及危害程度远没有达到成立“情节犯”所要求的“情节严重”的标准,而又因为“拒不退还或者拒不交出”是作为侵占罪必备的情节要件。因此,何鹏的行为不符合侵占罪的全部要件并且其行为所反映社会危害性轻微、主观恶性不大,所以尚不满足情节犯所要求的情节严重的程度,由此何鹏的行为不构成侵占罪,而只是一种民事侵权行为。

综上所述,笔者认为何鹏的行为并不构成司法机关在一审、二审、审判监督程序所

一直认定的盗窃罪，也不是有些学者所认定的侵占罪①，而是一种无罪行为。虽然何鹏实施了200多次取款行为，随后又将该款项隐匿、抛弃并且将储蓄卡挂失，使得何鹏的这一系列行为客观上具有一定的社会危害性，也反映出何鹏自身所具有的人身危险性。但是并不是任何具有社会危害性的行为就必然构成犯罪，而一定要用刑法对其进行评价。因为我们评价任何一个行为是否构成犯罪，一定要以犯罪构成理论作为唯一的评价标准，即只有该案件事实符合一个罪名的全部构成要件的时候，才能构成该罪；否则只要不符合犯罪构成的任何一个要件，就不能构成此罪。经过上文的分析，何鹏的行为虽然具有社会危害性，但是它的行为并不完全符合盗窃罪、侵占罪全部构成要件的特征，也不符合其他侵犯财产罪的行为样态的构成要件，所以其行为不构成犯罪。

七、由本案审判所引发的理论探索

培根说过，一次不公正审判的恶果甚至超过10次犯罪。因为犯罪虽然无视法律——好比污染了水流，而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源。对于本不应该构成犯罪的行为被判定为盗窃罪，而且在一审、二审被判处无期徒刑的重刑，即使通过审判监督程序将原审判定的无期徒刑减刑为8年6个月有期徒刑，但是对于一个正值青春年华20多岁的小伙子，最宝贵的几年青春，就因为法院误判而埋葬在冰冷的铁窗内。这不仅仅是他个人青春与自由的葬送，而且也无形中损害了我国的法治建设与全社会所追寻构建和谐社会目标的实现，从这个角度上说何鹏是不幸的。但是，从另一个层面上看何鹏又是幸运的，因为不可否认，如果没有许霆案的改判可能没有何鹏案的存在；如果没有何鹏的父母变卖所有家产而经过了长达7年多的四处申诉，何鹏案也可能不会出现转机；如果没有媒体舆论的介入，何鹏案可能未必柳暗花明；如果没有最高人民法院审判委员会第1475次会议和最高人民检察院第十一次审判委员会第22次会议分别于2009年10月12日和2009年11月12日讨论通过《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，可能云南省高级人民法院并不会启动审判监督程序进而对何鹏的案件进行改判。所以，何鹏案件的改判又充满了诸多偶然与必然的因素，如果没有上述所提到的介入因素，何鹏案件还是否会得到再审，其是否还能够峰回路转地改变自己的命运，这都是不容我们乐观的事实。而“构建和谐社会、建设法治国家的题中应有之义理所当然是司法公正，而人民法院往往是司法公正的最后一道防线。司法公正既要求形式正义也要求实质正义，一个判决只有既体现实质正义的要求又不违背形式正义时才能说是真正正义的判决。”②所以，如果人民法院在审理案件的过程中不能保证审理案件的整个过程符合法律的规定并且确保案

① 清华大学刑法学教授黎宏就多次提出，认为应将何鹏的行为定性为侵占罪。

② 赵秉志、彭新林：《关于许霆案件的法理问题思考》，载《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》（第四卷），北京大学出版社2008年版，第32页。

件的审理结果公正,那么无疑会造成司法不公,进而导致司法权威下降,人民对法院的公信度下降,甚至是造成公众对法律缺乏信仰。何鹏案件的改判在某种程度上类似于许霆案始末的"翻版",这两起案件前后轻重迥异判决的表象背后,涉及了诸多的问题需要我们去作深入细致的思考。何鹏案件的问题已经远远超过了个案本身所具有的意义,因此有必要以何鹏案件为切入点,对现行司法审判中存在的问题与制度上存在的痼疾进行理论上与实践上深入细致的探析。

(一)社会危害性在定罪中过分起主导作用

我们考察评价一个行为是否构成犯罪,一定要根据犯罪构成理论,结合刑法分则对于各罪的犯罪构成要件的规定,并且通过分析该行为所反映出的客观危害性以及该行为人的人身危险性的大小来对此行为定罪量刑。

一个行为只有具有社会危害性的同时而又触犯刑事法律即具备刑事违法性,才能被定性为犯罪。所以,社会危害性是犯罪行为的本质特征,一个被刑法评价为犯罪的行为必须要具有社会危害性,没有社会危害性的行为绝对不是犯罪行为。但是,要注意判断评价一个行为所具有的社会危害性的大小与判断一个行为是否构成犯罪是有前后的逻辑顺序的,即一个行为具有社会危害性是行为构成犯罪的必要条件,而非充分条件,也就是说,不能因为行为有社会危害性而决定了其是犯罪行为,因为往往具有社会危害性的行为而没有刑事违法性,但是在司法实践中,社会危害性却往往直接在司法机关对行为的判定过程中起主导作用。因为没有人会堂而皇之地将很明显不触犯刑法的行为认定为犯罪进行处罚,也更不会有人会宣称所有危害社会的行为都是犯罪和都应得到处罚。但是,"如果要处罚一个行为,社会危害性说就可以在任何时候为此提供超越法律规范的依据。社会危害性不仅通过其'犯罪本质'的外衣为突破罪刑法定原则的刑罚处罚提供一种貌似具有刑罚色彩的理论依据,而且也在实践中对于法治国家建设起着反作用。"①正如本案中的行为人何鹏先后200多次共取出429 700元现金,随后将该款隐匿,抛弃储蓄卡并挂失,虽然无法否认他的行为所具有的社会危害性,但其所具有的社会危害性远没有达到应用刑法来规制的程度。然而司法实务部门却一味地将这些行为的社会危害性无限扩大,最终导致不得不用刑法来评价其行为。

通过技术层面的分析,对"这种本不应该构成犯罪的案件,将其所谓的社会危害性进行无限地拔高扩大,然后上纲上线,定为重罪予以严惩,在我们这个喜欢崇尚强势态度解决争议的思维定式依然存在、不懂得刑法本身属于第二次违法规范形式的原理、往往习惯于使用高端手段处理问题、甚至在不太宽容的国度里具有必然性。"②这样操作所带来的弊端,会导致司法部门主观臆断,对于行为的定罪量刑缺乏统一的标准,可能导致无法对于一个行为进行准确的定性。追其根源,就是因为社会危害性是一个没

---

① 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第8页。

② 杨兴培:《许霆案的行为性质认定和法理思考》,载赵秉志主编:《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》(第四卷),北京大学出版社2008年版,第215页。

有量化标准的价值评价与判断，它没有固定的模板与标准，“而是具有笼统、模糊、不确定性，并且对于社会危害性大小的判断往往掺杂着判断主体主观价值观倾向的影响、客观因素也往往会介入对社会危害性判断的过程中，所以，社会危害性有时不利于体现罪刑法定原则。”①因此，对于社会危害性的评价只有结合犯罪构成理论加以认定才是正确的逻辑方式，“社会危害性决定犯罪是立法规律，而司法是通过刑法规定的犯罪构成判断具体案件是否构成犯罪；犯罪构成作为一个系统整体体现社会危害性，案件符合这个系统整体就成立犯罪，就有社会危害性，社会危害性是司法判断的结论而不是犯罪构成之内或者之外一个独立司法判断标准。”②也就是说，危害社会的行为必须是触犯刑律的，即符合犯罪构成要件的，才能构成犯罪。如果脱离犯罪构成理论，借口何鹏的行为具有社会危害性，而随心所欲地对其行为定罪量刑，这无疑违背了罪刑法定、罪责刑相适应刑法基本原则的要求、是一种破坏我国法制建设的行为，这是不能被允许的。我国长期这种忽略刑事立法与刑事司法不同适用环境的现状，会导致在司法实践中，司法工作人员倾向于将行为的社会危害性作为决定其是否构成犯罪的标准，削弱甚至忽视了刑法的犯罪构成理论，这无疑会造成“法外入罪”的遗憾。

最终促使司法部门对何鹏定罪量刑的最主要原因，并不仅仅是因为何鹏的多次取款的行为，很大程度上是由于何鹏非法占有巨款的行为具有一定程度的社会危害性，于是司法审判人员便从社会危害性角度入手主观臆断地得出其行为应构成犯罪的结论，持着有罪推定的态度，将何鹏的多次超额取款的行为去填补犯罪构成，最终张冠李戴地将何鹏的行为定性为表面上特征要件比较符合的盗窃罪，而这对何鹏来说无疑是极不合理的，也必然会影响我国的法治国家与和谐社会的构建。

（二）何鹏案的审理结果是对刑法公平公正基本原则的偏离

本案因与在社会上引起了轩然大波、轰动全国的许霆案件极为相似，某种程度上可以说是许霆案的翻版，因此广被外界称为“云南许霆案”。③ 具体来说，何鹏案与许霆案的相似处体现在：第一，都是在案件当事人在 ATM 机上取款时逢 ATM 机恰巧出现故

① 樊文：《罪刑法定与社会危害性的冲突》，载《法律科学》1998 年第 1 期，第 26 页。

② 夏勇：《许霆案的定性与盗窃罪的行为要件》，载赵秉志主编：《中国疑难刑事名案法理研究——许霆案的法理思考》（第四卷），北京大学出版社 2008 年版，第 249 页。

③ 2006 年 4 月 21 日晚 10 时，被告人许霆来到天河区黄埔大道某银行的 ATM 取款机取款。结果取出 1 000 元后，他发现银行卡账户里只被扣了 1 元，于是许霆连续取款 5.4 万元。当晚，许霆回到住处，将此事告诉了同伴郭安山。两人随即再次前往提款，之后反复操作多次。后经警方查实，许霆先后取款 171 笔，合计 17.5 万元；郭安山则取款 1.8 万元。事后，二人各携赃款潜逃。同年 11 月 7 日，郭安山向公安机关投案自首，并全额退还赃款 1.8 万元。经天河区法院审理后，法院认定其构成盗窃罪，但考虑到其自首并主动退赃，故对其判处有期徒刑一年，并处罚金 1000 元。而潜逃一年的许霆，17.5 万元赃款因投资失败而挥霍一空，2007 年 5 月在陕西宝鸡火车站被警方抓获。广州市中级人民法院审理后认为，被告许霆以非法侵占为目的，伙同同案人采用秘密手段，盗窃金融机构，数额特别巨大，行为已构成盗窃罪，遂判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。后此案经过再审，许霆的行为仍然被定性为盗窃罪，但刑罚从最初的无期徒刑减为 5 年有期徒刑。

障;第二,两个案件的当事人在 ATM 机出现故障以后都实施了多达几百次的取款;第三,两个案件的当事人的主观目的都对所提取的巨款有“非法占有目的”;第四,法院对两个案件的定性初审都为盗窃金融机构且都判处无期徒刑。虽然这两个案件存在这些相似之处,但在行为上却有着质上的不同:一方面,由于 ATM 机出现的故障不同,导致了许霆和何鹏所实施的多次取款的行为上有了质的差别,这也是这两起案件的最大不同点。在许霆案中,他的提款卡中并没有显示出过多的余额,其利用已经明知的金融系统的错误,秘密窃取不属于自己的财产,很明显许霆的行为是一种盗窃行为。但是在何鹏案中,由于意外原因而使得何鹏的账户中多出了百万元的巨款,在何鹏提款的银行卡上所显示的这笔巨额款项是明示的,根据银行与储户之间的协议,可以推断出这些钱虽然可能不属于何鹏,但是何鹏对这些存款却拥有占有权,根据储户协议而享有的占有不应该是非法占有,而对于自己事先合法占有的财产是不可能成为自己实施盗窃罪的犯罪对象的,因此何鹏的行为不存在构成盗窃罪的可能性,而更类似于侵占罪。另一方面,何鹏所实施的行为所反映的主观恶性和社会危害性要远远小于许霆。这是因为,第一,何鹏取款时的形式完全符合法律所规定的正常程序,并没有透支和明知款项不足而恶意透支,从民法角度说,也可能是因为合同一方——银行存在过错,而实施了没有法律原因的给付致使何鹏得到了这笔性质上属于不当得利的巨款;第二,在银行与相应的司法机关追究责任的时候,何鹏迅速将所取金钱全部上缴有关部门,并依法缴纳利息,而没有像许霆一样逃避、隐藏、拒缴并将存款随意挥霍。所以,尽管两起案件存在诸多相似之处,但是何鹏行为在犯罪诱因、行为方式、主观罪过、认罪态度、退赃情况等各方面所综合体现的主观恶性和社会危害性要远远小于后者,根据我国罪刑法定原则、罪责刑相适应原则,即使认为何鹏的行为构成犯罪,那么对何鹏行为的定性以及相应判处的刑罚都应该是远远轻于许霆。但是两者的初审结果,不仅在定性角度将何鹏的行为认定为和许霆行为性质一样的盗窃罪而且在量刑方面对两个人所判处的刑罚也是相同的。即使两起案件都通过审判监督程序进行了改判,但是最终对何鹏所判处的刑罚仍然还是要重于许霆。由此,人们不禁会对我国刑法一向倡导的法律面前人人平等基本原则以及司法所一向追求的公平、公正的理念产生怀疑。对于社会大众与刑事被告人而言,诸多个案判决结果的比较,往往是他们衡量刑事司法是否平等公正的最直观的标准:如果相同或者相似的案件受到大致相当的裁判(如有罪或无罪、重罪或轻罪),人们会认为法院的裁判是平等的和公正的;否则,如果相同或相似的案件,在裁判结果上存在有罪与无罪或重罪与轻罪的差别,人们自然会认为法院的裁判肯定没有做到平等与公正。

另一方面,尽管对何鹏案件的审理,经过一审、二审直到最终的审判监督程序的整个流程,法院在审判的时候始终没有将被害人的过错即“银行的过错”考虑进来,并且银行对致使何鹏的银行账户存款内多出巨额存款的原因始终没有作出相应的说明。

银行卡金额的增减异常可能存在以下四个原因：可能是有人向该账目中存入一定金额；可能是他人转账过程中存在疏漏；可能是银行工作人员存在工作疏漏；也可能是电子账务程序出现问题。

如果是由于前两个因素导致这笔巨款误入了何鹏的账户内，那很明显本案可能就是属于刑法中唯一的绝对亲告罪——侵占罪，即在任何情况下只有受害人告诉、有权提起控告的前提下，犯罪行为人的行为才有可能构成犯罪，若受害人不提起告诉，即使司法机关知道侵害事实的发生也不予处理。所以存在其他被害人的前提下，正如上文所述，银行对储户存到其内的钱款是起到类似保管人的作用，所以，如果没有其他被害人的明确授权，银行是不能代替当事人进行诉讼的，相应的公诉机关也不能代被害人提起诉讼。当其他储户由于自己的过错将存款打入何鹏的账户内，根据银行和储户所订立的合同可知，这笔巨款是在何鹏的占有之下的，相应的被害人可以通过主张不当得利之诉要求何鹏返还存款；当何鹏将这笔巨款取出后，如果相关权利人要求返还，若何鹏将存款如数返还，相应的被害人可以视情况对何鹏提起侵犯财产权之诉；若何鹏拒不退还这笔存款的时候，相关主体才可以去法院提起侵占罪的诉讼。由此可见，若是前两个因素导致何鹏账户内出现巨款，银行是绝对不可能成为本案的当事人的，也当然无权作为本案的诉讼主体。所以，如果法院不考虑如此重要的证据，就会导致在诉讼程序上造成诉讼主体不适格。很显然，本案在认定案件事实方面存在重大纰漏。

此外，无论是上述哪一种因素导致何鹏账户内出现巨款，都属于被害人存在重大过错。在我国刑事法律规定中，除了将正当防卫和防卫过当等两个存在被害人过错的情节规定为法定从轻处罚情节以外，其他的所有存在被害人过错的情节皆是酌定从轻处罚情节。一般当一个案件存在"被害人存在过错"并且如果是由于被害人的过错刺激了犯罪行为发生，导致了犯罪结果的出现，一般是对犯罪人从轻、减轻处罚的。因为"被害人过错实际上直接影响的是犯罪人之罪过，即犯罪人是'受迫' 犯罪，从犯罪构成要件的角度来看，其主观故意是不完整、不纯正的，从而导致其犯罪构成上的瑕疵。而作为刑事责任法律根据的犯罪构成既然存在瑕疵，必然影响对犯罪人的责任认定。"①而从刑罚的目的上来看，报应思想是刑罚的目的之一，而"在报应思想的概念中，涵盖着对等均衡的原则"。② 这是刑法"罪责刑相适应"原则思想的重要渊源。被害人过错之所以作为一项"可折抵"犯罪人罪责的因素，其目的也是为了对犯罪人"罚当其罪"——报应思想在这里仍然发挥作用。因此，对于被害人过错所"折抵"掉的犯罪人之罪过，也应当能通过"对等均衡原则"固定下来。当然，如果将该原则继续上溯，其上位原则应当是公平原则。所以，我们可以说，"出于公平的考虑，在被害人有过错场合，

① 张明楷：《刑法学》（第二版），法律出版社2004年版，第381页。

② 林山田：《刑罚学》，台北商务印书馆1995年版，第87页。

对犯罪人的处罚应当'折抵'掉被害人过错所产生的一部分责任以及相应的惩罚。"①在何鹏案件中,如果是由于后两个原因导致何鹏的银行账户多出巨款的话,那就是属于典型的被害人存在重大过错的情形,但相应的法院在一审、二审、审判监督的审理程序中却皆没有考虑被害人即银行的重大过错,也并没有对被告人何鹏予以从轻、减轻或免除处罚,银行也没有承担任何责任。是否因为银行的主体身份特殊,而使得它受到法院的特殊对待?是否因为特殊对待,在法院审理的时候,银行可以不用承担相应的举证责任和民事责任?这些疑问的存在,使得人们不禁对我国所一贯坚持的刑法面前人人平等原则,所倡导的司法公平公正精神产生严重的质疑。这无疑会破坏我国的司法统一与法制建设,对于推动我国刑事法治的进步是极为不利的。

八、结语

曾经沸沸扬扬的何鹏案终于落下帷幕,但是并不意味着此案就此终结。作为一个启迪性很强的标本,它所带给我们的启示和这个案件所蕴含的理论价值与在实践上的意义是值得我们深刻思考的。在一个公平正义的社会,首先要求公正的司法,而公正司法的前提即要求法官应该具有理性、智慧和良心。将一个本不应构成犯罪的年轻人,只因为法官的误判而使得他的几年宝贵青春都荒废在冰冷的囚牢里,他的父母为了替自己无罪的儿子申诉,四处奔波长达7年之久,早已倾其家中所有积蓄。这绝对不应该是我们这样一个一贯倡导法治文明、以人为本、以构建和谐社会为基本理念的法治大国所应存在的现象。因此从这个意义上讲,我们祈望即使已经走出监牢获释的何鹏,最终能得到一个真正的公平、公正的审判结果。在一个法治国家,何鹏案绝对不应该是现代版的"窦娥",而应是继许霆案后又一个具有代表性和很强启示性的标本,它应该成为我国司法回归理性的标志,是我国当代民主法治进程中的里程碑和试金石。

附录一

云南省曲靖市中级人民法院刑事判决书

(2002)曲刑初字第66号

公诉机关云南省曲靖市人民检察院。

被告人何鹏,男,汉族,1979年7月13日出生于云南省陆良县,大专文化,学生,云

① 陈启清:《"罪无可逭 情有可原"——被害人过错对刑事责任及量刑的影响》,载嘉兴市中级人民法院网,http://www.jiaxingcourt.gov.cn/web/More.aspx?NewsID=701。

南省陆良县人,系云南省公安专科学校学生,住云南省昆明市教场中路11号。因涉嫌犯盗窃罪于2001年3月5日被陆良县公安局刑事拘留。同月12日释放。同年6月被逮捕。11月26日被取保候审。2002年3月11日被再次逮捕,现押于陆良县公安局看守所。

辩护人:朱伟,天志律师事务所律师。

辩护人:李占,震序律师事务所律师。

被告人何鹏盗窃一案,云南省曲靖市人民检察院于2002年3月19日以曲检诉起字(2002)第53号起诉书向本院提起公诉。本院审查受理后,认为符合开庭条件,依法组成合议庭,于2002年4月9日在陆良县人民法院公开开庭审理了本案,云南省曲靖市人民检察院指派检察员朱学仁出庭支持公诉,被告人何鹏及其辩护人朱伟、李占到庭参加诉讼,本案现已审理终结。

云南省曲靖市人民检察院指控,被告人何鹏于2001年3月2日持只有10元的农行金穗卡到设在云南民族学院的建行ATM自动柜员机上查询存款余额,未显示卡上有钱。何鹏当即按键取款100元,时逢农行云南省分行计算机系统发生故障,造成部分ATM机失控,ATM机当即按何鹏指令吐出现金100元。何鹏发现这一现象后,当即继续按键取款,共六次提取现金4 400元,当晚何鹏返回学校请假,在冰岛翠湖旁边政协宾馆住宿一夜,于3月3日上午持卡到中国银行翠湖储蓄所、胜利广场储蓄所,云南省分行、北市区支行、东风支行以及工行武成分理处等七台ATM机上连续取款215次共取出现金425 300元(两日共取款429 700元)。当天下午何鹏将钱送回陆良县马街镇家中藏匿,在路上打电话通知其母到农行为金穗储蓄卡挂失,并连夜返回昆明。之后,何鹏以其同学伏丽仙的名字存入交通银行7 300元,以金政波的名字存入47 000元,又购买了手机等物品挥霍并将金穗卡丢入下水道。公诉机关认为被告人何鹏利用农行计算机网络出现故障的机会,盗窃金融机构的人民币429 700元,数额特别巨大,其行为构成盗窃罪,依法应予严惩。并列举了证人证言、书证、物证、现场指认笔录等证据证实其指控。

被告人何鹏辩称自己的行为不构成盗窃罪,他发出的每一个指令都得到农行的确认,才能得以实现,且在最短时间内如数归还了。其辩护人称被告人何鹏以非法占有为目的是事实,但由于机械故障而使用储蓄卡取人民币的行为为授权行为监控,行为不具备盗窃罪的特征;事情的发生被害一方有过错;应属无法调整的不当得利。

经审理查明,2001年3月2日,被告人何鹏于2001年3月2日持只有10元的农行金穗储蓄卡到设在云南民族学院的建行ATM自动柜员机上查询存款余额,未显示卡上有钱。被告人何鹏即按键输入取款100元的指令,时逢农行云南省分行计算机系统发生故障,造成部分ATM机失控,ATM机当即按何鹏指令付出现金100元,被告人何

鹏见状,即继续按键取款,先后六次取出现金4400元。当晚,何鹏返回学校请假并住宿于翠湖旁边政协宾馆。3月3日上午,被告人何鹏持卡到中国银行翠湖储蓄所、胜利广场储蓄所,云南省分行、北市区支行、东风支行及其中国工商银行武成分理处等七台ATM机上,连续取款215次,共取出现金425300元。两日共取款429700元。当天下午,被告人何鹏将钱送回陆良县马街镇家中藏匿,并在返回昆明途中打电话通知其母到中国农业银行为金穗储蓄卡挂失。返回昆明后被告人何鹏以其同学伏丽仙的名字存入交通银行7300元;以金政波的名字存入47000元,又购买了手机等物品挥霍。被告人何鹏于2001年3月5日被抓获。

上述事实,有经庭审质证并确认的以下证据予以证实,报案记录,2001年3月4日陆良县农业银行向公安局报称有人利用在陆良办理的金穗卡到昆明非法提取42.97万元现金。书证透支储蓄清单表记载639316007090460770账号透支的金额为429700元,并详细记载了每笔交易额、交易时间及机器编号,与被告人何鹏供述的提取现金的时间、地点、经过相印证。证人孟小月证实,2001年3月3日下午19时背了一包钱回家,他说是用他的卡取出来的,后他就走了,到夜间他又打电话来叫我说卡遗失了,叫去农行去挂失,第二天我就叫姑爷他红伟去挂失,证人他红伟证实3月4日因何鹏从昆明打电话回来叫给卡挂失这一事实,同被告人何鹏供述的将钱送回家,返家途中打电话回去叫给卡挂失的情节相吻合,另证人金政波、伏丽仙证实的何鹏的身份证号,并将手机等东西放于伏丽仙处的情节与被告人何鹏的供述相吻合,本案事实清楚,证据确实、充分。

本院认为,被告人何鹏以非法占有为目的,利用银行电子计算系统出现故障,自动柜员机丧失识别能力之机,使用仅有人民币10元的储蓄卡,从自动柜员机窃取了银行的人民币429700元,其行为已构成盗窃罪,且盗窃数额特别巨大。从本案情况看,被告人何鹏恶意占有银行429700元的主观故意是明显的,其理由是:在第一天取钱4400元后,他已明知银行机械系统发生故障,但仍在第二天连续不断地取钱425300元,并将款交给其母藏匿,同时叫其母将金穗卡挂失。从客观方面看虽然其取款的每笔交易均会在银行留下记录,表面上看不属于秘密窃取的方式,但从其挂失并抛弃储蓄卡这一情形看,其主观目的是造成一种银行资金损失,不是其行为所致,也就是将公开的记录转变为秘密的窃取的过程,所以其行为方式实质上就是属于秘密窃取。所以被告人何鹏及其辩护人的辩护意见不能成立。同时被告人何鹏在公安机关找到他以后即如实地陈述了整个作案经过,其认罪态度是好的。根据《中华人民共和国刑法》第264条第(一)项、第57条第1款的规定,判决如下:

被告人何鹏犯盗窃罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内,通过本院或者直接向云南省

高级人民法院提出上诉。书面上诉的,应当提交上诉状正本一份,副本二份。

审 判 长 鲍焕策
审 判 员 蒲 雷
审 判 员 甘 捷
2002年7月12日
书 记 员 李路明

附录二

云南省高级人民法院刑事判决书

(2002)云高刑终字第1397号

原公诉机关云南省曲靖市人民检察院。

上诉人(原审被告人)何鹏,男,汉族,1979年7月13日出生于云南省陆良县,大专文化,学生,系云南省公安专科学校学生。住云南省昆明市教场中路11号。因涉嫌犯盗窃罪于2001年3月5日被陆良县公安局刑事拘留。同月12日释放。同年4月6日又被逮捕。11月26日取保候审。2002年3月11日被再次逮捕。

辩护人:朱伟,天志律师事务所律师

辩护人:李占,震序律师事务所律师

云南省曲靖市人民检察院指控原审被告人何鹏盗窃罪一案,于2002年7月12日作出(2002)曲刑初字第66号刑事判决。原审被告人何鹏不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,经过阅卷,认为本案事实清楚,决定不开庭审理。现已审理终结。

原审判决认定:2001年3月2日,被告人何鹏于2001年3月2日持只有10元的农行金穗储蓄卡到设在云南民族学院的建行ATM自动柜员机上查询存款余额,未显示卡上有钱。被告人何鹏即按键输入取款100元的指令,时逢农行云南省分行计算机系统发生故障,造成部分ATM机失控,ATM机当即按何鹏指令付出现金100元,被告人何鹏见状,即继续按键取款,先后6次取出现金4400元。当晚,何鹏返回学校请假并住宿于翠湖旁边政协宾馆。3月3日上午,被告人何鹏持卡到中国银行翠湖储蓄所、胜利广场储蓄所、云南省分行、北市区支行、东风支行以及中国工商银行武成分理处等7台ATM机上,连续取款215次,共取出现金425300元。两日共取款429700元。当天下午,被告人何鹏将钱送回陆良县马街镇家中藏匿,并在返回昆明途中打电话通知其母到中国农业银行为金穗储蓄卡挂失。返回昆明后被告人何鹏以其同学伏丽仙的名字存入交通银行7300元;以金政波的名字存入47000元,又购买了手机等物品挥霍。

被告人何鹏于2001年3月5日被抓获。

上述事实有下列证据证明:

1. 报案记录:2001年3月4日陆良县农业银行向公安局报称有人利用在陆良办理的金穗卡到昆明非法提取了42.97万元现金。

2. 书证:透支储蓄清单表记载639316007090460770账号透支的金额为429 700元。并详细记载了每笔交易额、交易时间及机器编号,与被告人何鹏供述的提取现金的时间、地点、经过相印证。

3. 证人孟小月证实:2001年3月3日下午19时背了一包钱回家,他说是用他的卡取出来的,后他就走了,到夜间他又打电话来叫我说卡遗失了,叫去农行去挂失,第二天我就叫姑爷他红伟去挂失。

4. 证人他红伟证实:3月4日因何鹏从昆明打电话来说卡挂失,叫帮他挂失。

5. 证人何建贵证实:何鹏打电话回来叫给卡挂失这一事实,同被告人何鹏供述的将钱送回家,返家途中打电话回去叫给卡挂失的情节相吻合。

另证人金政波、伏丽仙证实的何鹏的身份证号,并将手机等东西放于伏丽仙处的情节与被告人何鹏的供述相吻合。

云南省曲靖市中级人民法院认为:被告人何鹏以非法占有为目的,利用银行电子计算系统出现故障,自动柜员机丧失识别能力之机,使用仅有人民币10元的储蓄卡,从自动柜员机里窃取了银行的人民币429 700元,其行为已构成盗窃罪,且盗窃数额特别巨大。从本案情况看,被告人何鹏恶意占有银行429 700元的主观故意是明显的,其理由是:在第一天取钱4 400元后,他已明知银行机械系统发生故障,但仍在第二天连续不断地取钱425 300元,并将款交给其母藏匿,同时叫其母将金穗卡挂失。从客观方面看虽然其取款的每笔交易均会在银行留下记录,表面上看不属于秘密窃取的方式,但从其挂失并抛弃储蓄卡这一情形看,其主观目的是造成一种银行资金损失不是其行为所致,也就是将公开的记录转变为秘密的窃取的过程,其行为方式实质上就是属于秘密窃取。被告人何鹏及其辩护人的辩解和辩护意见不能成立。根据上述事实和证据,原审法院根据《中华人民共和国刑法》第264条第(一)项、第57条第1款的规定,以盗窃罪,判处被告人何鹏无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

一审宣判后,被告人表示不服,提出上诉。上诉人(原审被告人)何鹏认为原判决定性不准,适用法律错误,其行为不构成犯罪。

经审理查明:原判认定何鹏于2001年3月23日趁农行云南省分行计算机系统出现故障之机,使用农行储蓄卡在昆明若干ATM机上套取现金429700元,后又作虚假挂失的犯罪事实清楚,证据经原审法庭庭审质证、认证,合法属实。

本院认为,上诉人何鹏无视国法,趁银行计算机系统出故障之机,套取巨额现金占

为己有,其主观上具有非法占有的目的,客观上实施了使用储蓄卡非法套取巨额现金又虚假挂失的行为,其行为具有秘密窃取的性质,已触犯了国家刑律,构成盗窃罪,且数额特别巨大,应依法惩处。上诉人何鹏提出其行为不构成犯罪,原判定罪错误的上诉理由,与事实不符,不予采纳。据此,依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第(一)项之规定,裁定如下:

驳回上诉,维持原判。

本裁定为终审裁定。

审 判 长 赵文玉
审 判 员 刘晓琨
代理审判员 南 青
2002年8月19日
本件与原件核对无异

附件三

云南省高级人民法院刑事判决书

(2009)云高刑再终字第8号

原公诉机关云南省曲靖市人民检察院。

原审上诉人(原审被告人)何鹏,男,汉族,1979年7月13日出生,云南省陆良县人,大专文化,原系云南省公安专科学校学生。因本案于2001年3月5日被陆良县公安局刑事拘留,同年3月12日被释放,同年4月6日被逮捕,同年11月23日被取保候审,2002年3月11日被再次逮捕。现在云南省第四监狱服刑。

辩护人张重明,广东今久律师事务所律师。

云南省曲靖市人民检察院指控被告人何鹏犯盗窃罪一案,曲靖市中级人民法院于2002年7月12日作出(2002)曲刑初字第66号刑事判决,本院于2002年10月17日作出(2002)云高刑终字第1397号刑事裁定,驳回上诉,维持原判。上述裁判发生法律效力后,被告人何鹏不服提出申诉。本院于2009年11月18日作出(2009)云高刑监字第129号再审决定,对本案提起再审。本院依法另行组成合议庭审理了本案,经过阅卷,讯问被告人,认为事实清楚,决定不开庭审理。现已审理终结。

原判认定,2001年3月2日,被告人何鹏持账号为639316007090460770,账面金额为10元的金穗储蓄卡到云南民族学院分院附近的ATM机上查询存款余额,因农行云南省分行计算机系统发生故障造成ATM机失控,查询未果。被告人何鹏即按键输入取款100元的指令,ATM机当即按何鹏指令如数出款,被告人何鹏见状,即继续按键取

款,先后6次取出现金4400元。次日上午,被告人何鹏再次持该卡到中国银行翠湖储蓄所、胜利广场储蓄所、云南省分行、北市区支行、东风支行以及中国工商银行武成分理处等七台ATM机上,连续取款215次,取出现金425300元。两日共取款429700元。当天下午,被告人何鹏将钱送回陆良县马街镇家中藏匿,并在返回昆明途中打电话通知其母到中国农业银行将金穗储蓄卡挂失。返回昆明后被告人何鹏以其同学伏丽仙的名字存入交通银行7300元,以金政波的名字存入47000元,又购买了手机等物品。认定上述事实的证据有:

1. 农行出具的非法透支储蓄清单表,证实透支储蓄卡的账号、透支金额、透支时间、地点,使用该账号的储户名叫何鹏。

2. 证人孟小月证实,被告人何鹏作案后当天带着一包钱回家并称钱是用金穗储蓄卡从取款机中取出的,要求其母将该卡报失。

3. 证人他红伟证实,受何鹏父母委托,替何鹏到银行挂失金穗储蓄卡。

4. 证人金政波、伏丽仙分别证实,被告人何鹏曾向金政波要其身份证号码,另外,被告人何鹏以伏丽仙的名义存入7300元人民币,并将存折及一部手机存放于伏丽仙处。

5. 被告人何鹏对使用金穗储蓄卡秘密套取银行现金,挂失该卡、用套取的现金以朋友名义存入银行的整个经过作了详细叙述,其供述与上述证据相吻合。

另外,中国农业银行云南省分行致陆良县公安局的信函证实,何鹏能取走巨额现金的原因,主要是该行计算机系统故障造成昆明银行卡网络系统内部部分ATM机短暂失控现象。

原判认为,被告人何鹏盗窃金融机构,数额特别巨大。根据《中华人民共和国刑法》第264条第(一)项、第57条第1款的规定,以被告人何鹏犯盗窃罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

原审被告人何鹏申诉称,其犯罪行为具有偶然性,犯罪对象、犯罪手段等具有特殊性,社会危害性较小,并在案发后积极退赔涉案款项。认为原判量刑过重,请求再审减轻处罚。其辩护人提出:(1) 因中国农业银行云南省分行计算机系统出现故障造成错误允许何鹏取款透支,其没有秘密窃取银行资金,不构成盗窃罪;(2) 何鹏有自首情节,可以从轻或减轻处罚;(3) 本案中银行存在过错,何鹏的行为具有偶然性,犯罪情节、违法程度相对较轻,主观恶性、社会危害性相对较小,请求减轻处罚。

经再审查明的事实和证据与原判认定的事实和证据一致,本院予以确认。另查明,案发后,被告人何鹏已及时将全部涉案款项如数归还。

本院认为,原审被告人何鹏趁银行计算机系统发生故障之机,超出本人储蓄卡内余额多次从银行ATM机内取款的行为,主观上具有非法占有公共财产的故意,客观上采取未被财产所有人当场发觉的方法,违背财产所有人的意志,从银行ATM机内取款

多达221次，共窃取银行经营资金人民币429 700元，侵害了我国刑法所保护的公私财产所有权，其行为已构成盗窃罪。因此，其辩护人提出的何鹏不构成盗窃罪的辩护意见不能成立，本院不予采纳。何鹏在其犯罪事实被发觉并受到公安机关讯问时，如实供述自己犯罪事实的行为，不是自首。对其辩护人提出的何鹏具有自首情节的意见本院不予采纳。何鹏盗窃金融机构，数额特别巨大，原判认定事实清楚，证据确实充分，定罪准确。但鉴于本案中被告人何鹏是在发现自动柜员机出现异常情况后，临时产生犯罪意图，使用本人合法申领的银行卡，采取形式上符合自动柜员机操作指令要求的方式超出卡内余额提取款项，与有预谋或者采取破坏性手段实施的盗窃行为相比，具有一定偶然性，犯罪情节较轻，主观恶性较小；并且案发后，被告人何鹏积极退赃，及时将涉案款项全部归还，未造成实际损失，社会危害性较小。对被告人何鹏及其辩护人就量刑问题提出的意见本院予以采纳。综合以上具体情况，原判对被告人何鹏在法定量刑幅度内判处最低刑罚仍显过重，虽然被告人何鹏没有减轻处罚的法定情节，但依照刑法罪责刑相适应的基本原则，对其可在法定刑以下量刑。据此，本案经本院审判委员会讨论决定，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第206条、最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第312条第（二）项及《中华人民共和国刑法》第63条第2款的规定，判决如下：

一、撤销本院（2002）云高刑终字第1397号刑事裁定和曲靖市中级人民法院（2002）曲刑初字第66号刑事判决；

二、原审被告人何鹏犯盗窃罪，判处有期徒刑8年6个月，并处罚金3万元（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2001年3月5日起至2010年1月16日止。罚金自本判决发生法律效力后一个月内向本院缴纳）。

本判决报请最高人民法院核准后生效。

审　判　长　梁子安
审　判　员　文　焱
代理审判员　王显坤
2009年11月24日
书　记　员　吴雪娇

梁丽捡拾百万黄金案法理研究

袁　昕*

一、选案理由

重大的司法案件往往吸引理论的交锋;观点的碰撞往往会推动思考的深入。深圳发生的"百万黄金案"在网络上被喻为"2009年中国十大法制事件"之一①,它曾经引发了广泛的社会关注,也带来了从理论上审思"拾得他人财物"之刑法定性问题的契机。准确认定"拾得他人财物"的法律性质,不仅有利于我们正确认识"百万黄金案",而且有利于我们正确认定盗窃罪、侵占罪、罪与非罪和此罪与彼罪的界限,具有积极的理论与实践价值。

二、基本案情

2009年5月11日,广州日报率先报道了《清洁工"捡"14公斤金饰或被起诉》,该案在社会上,尤其是法律界引起了极大的震动。据报道,时年40岁的梁丽系清洁工人,主要负责深圳机场候机楼B楼的清洁卫生。2009年3月12日,梁丽在深圳机场候机楼B楼的第19号登机柜台看到,垃圾桶的附近,有两位带小孩的旅客,之间有一辆行李车,车上放着一个看似方便面箱的小纸箱。过了约五六分钟,两位旅客急忙跑进安检门。之后不久,梁丽再次来到19号柜台的垃圾箱旁,看到那个小纸箱还在行李车上,遂认为是其丢弃物,将之收到清洁车内,继续在大厅内工作。当日上午9时许,梁丽在机场大厅北侧距现场约79米远的16号卫生间处告诉同事曹某自己"捡"到一个他人废弃的纸箱,先放在残疾人洗手间内,若有人认领就还给人家。上午9时40分左右,梁丽和其他清洁工聚集在一起吃早餐,梁丽又将"捡"到纸箱的消息告诉其他同事。另两名清洁工,马某、曹某打开纸箱后发现里面是分包装的黄金首饰,两人遂取出其中两包一人分一半后离去。临下班时,曹某告诉梁丽纸箱内装的可能是黄金首饰,梁丽不相信,取出一件首饰让同事韩某到大厅内黄金首饰店询问。韩某告知,首饰同大厅

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院2007级刑法学硕士。

① 佚名:《2009十大热点法制事件》,载www.dahe.com,2009-11-30。

内卖的一样。梁丽仍不信,中午下班后梁丽将小纸箱带回家中。同日上午9时许,东莞市厚街镇永泰东路金龙珠宝公司员工王腾业报案称,自己8时在19号柜台办理托运时因去咨询离开了10分钟,回来后发现装有黄金的纸箱不见,遂报案。当晚,机场派出所便衣民警找到梁丽,梁丽交出了这批黄金。① 经鉴定,这批足金首饰总价约为289万元。② 梁丽案发后,公安机关以"涉嫌盗窃罪"将梁丽羁押并移送至深圳市人民检察院审查起诉。2009年9月10日,深圳宝安区检察院作出通报:"根据案件情况,梁丽没有继续关押的必要,依据《刑事诉讼法》的相关规定,决定将对梁丽的强制措施变更为取保候审。"2009年10月10日,检察机关认为梁丽的行为成立侵占罪,由于侵占罪属于告诉才处理的案件,被害人没有提起告诉,故最终由公安机关撤销了案件。③

三、引发的理论争议

尽管检察机关最终并未追究梁丽的刑事责任,但"百万黄金案"的确引发了理论界与实务部门认识上的分歧,并形成了各种不同的观点。总体而言,刑法理论界和司法实务部门关于梁丽行为的性质主要有三种不同的观点,即分别认为梁丽的行为构成盗窃罪、侵占罪或属无罪。④

1. 盗窃罪说。这是司法机关对本案的最初看法。持此种意见的学者指出:"梁丽知道箱子里是一种财物。而这个财物,是她在机场捡到的,是她不应该占有的,但是她把它拿回家去了。刑法讲的盗窃罪是以秘密窃取的方式非法占有公私财物的行为。那么秘密窃取,是运用别人不知觉的方式。当然按照《说文解字》中所讲,不告而取为之偷。就是你不打招呼把东西拿走了,这就叫做盗窃。"⑤另外,还有学者认为,鉴于梁丽行为所发生的特殊场所,以"盗窃罪"对梁丽定罪有利于降低寻回失物的私人成本和社会成本。梁丽案发生在监控系统严密的机场内部,不仅会存有多处监控录像,工作人员及乘客的身份记录也较为齐备。在此环境下,梁丽较易找到物主,物主也较易找回失物。但梁丽"拾金而昧"的行为在很大程度上降低了失而复得的概率,增加了失主寻回失物的私人成本与警方介入后所产生的社会成本,故而应以盗窃罪追究梁丽的责任。⑥

---

① 佚名:《支持深圳检方关于机场女清洁工梁丽的不起诉决定》,article. chinalawinfo. com,2009-10-1。

② 佚名:《清洁工"捡"14公斤金饰或被起诉》,载《广州日报》2009年5月11日。

③ 佚名:《梁丽捡金案昨正式撤销,当事人不追究其责任》,载《广州日报》2009年10月11日。

④ 还有一种观点是认为梁丽的行为成立"职务侵占罪"。参见杨兴录:《梁丽的行为只属于职务侵占》,www. criminallaw. com,2009年4月6日登录。但该观点只是极少数说,故不纳入讨论的范围。况且,从行为类型上看,职务侵占罪所涉行为类型几乎能够被侵占罪、盗窃罪所涵括。

⑤ 佚名:《人大教授认为梁丽行为属盗窃罪》,www. 163. com,2009-5-16。

⑥ 桑本谦:《传统刑法学理论的尴尬(Ⅱ)——面对梁丽案》,载《广东商学院学报》2009年第5期。

2. 侵占罪说。这是当前多数学者的主张。关于本案,绝大多数学者都主张,梁丽的行为构成侵占罪。而最终司法机关也是持这种认识。持此观点的人指出:"盗窃罪中被盗物品应为物主采取合理控制、管理措施处于占有状态的物品。物主没有采取合理控制、管理措施而失去占有的物品应属遗忘物或遗弃物。他人拾得遗忘物的,不能定盗窃罪,而只能定侵占罪。"①但是,根据我国刑法典的规定,侵占罪属于告诉才处理的犯罪,即被害人告诉的才处理。本案中,作为梁丽案的被害方,东莞市厚街镇永泰东路金龙珠宝公司员工王腾业没有提起告诉,因此公安司法机关无权追究梁丽的侵占罪刑事责任。

3. 无罪说。部分学者、实务工作者认为梁丽无罪。此种观点得到了网络民意的强烈支持。关于梁丽行为属于无罪的观点,大致在两个层面上展开:一是在刑法分则中,梁丽的行为不构成盗窃罪或侵占罪等任何一种犯罪,应当认定为无罪;二是即便梁丽的行为构成所谓盗窃罪或者侵占罪,其也无法在诉讼上得到证实,为此也不能追究梁丽的刑事责任。前者是从实体层面上展开的,后者是从程序层面上展开的。其中,在实体层面上,持无罪观点的人认为:成立盗窃罪需要两个最重要的条件,一是"以非法占有为目的",二是采取"秘密窃取"的手段。但是,梁丽一开始并没有产生"以非法占有为目的",仅是在被告知可能是黄金之际,才产生了"以非法占有为目的"。此外,梁丽是从公共场所公开地拿走了他人遗忘的物品,并没有采取"秘密窃取"的方式。梁丽在实施行为时并不知道箱内何物,也未产生非法占有的企图,尽管在事后,梁丽得知箱内为贵重黄金后产生了非法占有的意图,但二者应严格区分。② 梁丽初次接触纸箱时并未意识到其经济价值,机场安检处常常存在因超重等遗弃的废弃物。因此,梁丽算不上是故意的秘密窃取,不应以盗窃罪被起诉。对于梁丽行为并不成立侵占罪又有两个维度:或者是承认梁丽行为构成侵占行为,但是欠缺"拒不退还"或"拒不交出"的客观要素,故并不成立侵占罪③;或者是否认纸箱中的黄金系属侵占罪的犯罪对象(如"遗忘物"),故并不成立侵占罪。④

四、各种认定的可能性与面临的问题

(一)认定为盗窃罪的可能性与面临的问题

1. 认定为盗窃罪的可能性

盗窃罪是指以非法占有为目的,秘密窃取数额较大的公私财物或者多次秘密窃取

① 许思龙:《梁丽盗窃案定性不当,应定侵占罪》,载 www.law66.net,2010 年 4 月 6 日登录。
② 王志明、肖宇:《律师与学者激辩"梁丽案"》,载《法制资讯》2009 年第 5 期。
③ 王维永:《偷与捡、罪与错的论辩——从梁丽一案看司法与立法之契合》,载《人民法院报》2009 年 8 月 14 日。
④ 闻一彪:《从梁丽案审视我国侵占罪中的"遗忘物"》,载《法制与社会》2010 年第 1 期(上)。

公私财物的行为。[1] 对于盗窃罪,以下几点需要重点掌握,并且也是本案中梁丽的行为是否成立盗窃罪的重要方面:

第一,盗窃罪侵害的是他人对财物的所有权或占有权。理论上有关财产犯罪(盗窃罪)的犯罪客体历来有"本权说"与"占有说"的对立。所谓"本权说",也被称为"所有权说",即是指财产犯罪(盗窃罪)的犯罪客体是所有权及其他本权;所谓"占有说",也被称为"持有说",即是财产犯罪(盗窃罪)的犯罪客体是财物占有本身,而非所有权及其他本权。[2] "本权说"与"占有说"的主要差别在于刑法的处罚范围的宽窄,若依据"本权说",则很难对"使用盗窃"等行为予以惩处,若依据"占有说","窃取他人不法获得的财物"等行为自然可以予以惩处。在笔者看来,宜坚持张明楷教授所提倡的一种不与所有权冲突的"占有说",这样将更好地保护合法权益。[3]

盗窃罪所指向的犯罪对象必须是处于所有人或占有人实际控制或有效管理的有经济价值的公私财物。动产与不动产、有体物与无体物等均是盗窃犯罪对象的表现形式。所盗之物必须可为人所控制与管理,若对象为海水、砂石、阳光、空气等不能为人所控制与管理的物品,不能成立盗窃罪的犯罪对象。需要强调的是,盗窃罪的犯罪对象必须是处于所有人或占有人实际控制或有效管理的现实状态,才足以认定为盗窃罪。否则,尽管是有经济价值或可控制与管理的物品,也不能成立盗窃罪。因为,如果是脱离控制与管理的物品,就没有盗窃行为实施的可能性。当然,不能将他人实际控制或有效管理的范围理解得过分狭窄。一般认为,他人实际控制或有效管理的财物通常应当包括如下情形:(1) 他人事实支配的财物;(2) 在他人事实支配领域内的财物;(3) 虽然处于他人支配领域之外,但可以推知他人事实上支配的财物;(4) 具有回笼习惯的饲养物、宠物等。[4]

第二,盗窃罪在行为方式上主要表现为通过窃取行为改变他人对财物的占有,且数额达到较大。盗窃罪的行为必须具有"窃取性"。所谓"窃取性"即是指采用平和的方式改变他人对财产的占有,包括"秘密窃取"与"公然窃取"两种情形。[5] 我国刑法理论通说认为,盗窃罪的行为带有"秘密窃取"的色彩,即认为只有秘密窃取他人财物的行为才能归为盗窃罪。有学者甚至认为"秘密取财,是盗窃罪区别于其他侵犯财产罪的主要标志,也是盗窃罪的本质特征。"[6]一般认为,"秘密性"具有主观性与相对性的特点。所谓主观性是指行为人自己认为自己的行为具有秘密性;所谓相对性是指行为

---

① 黄京平:《刑法》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 327 页。

② 刘明祥:《财产犯罪比较研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 11—12 页。

③ 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 596 页。

④ 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2007 年版,第 725 页。

⑤ 同上书,第 727 页。

⑥ 代伯亮:《盗窃罪的相关疑难问题研究》,河南大学 2007 年硕士学位论文。

人意图实施的窃取行为仅仅针对被害人具有秘密性,例如,行为人目睹被害人呼呼大睡,尽管旁边有围观的路人,仍然拿走被害人的财物,这仍然具有"秘密性"。相反,就不具有"秘密性"。① 但是,根据部分学者的研究,如果将盗窃罪的行为仅仅限于"秘密窃取"将会形成处罚上的漏洞,应当将"公然窃取"也纳入盗窃罪的行为类型之中。例如:"在公共汽车上、集贸市场明知有他人(包括被害人)看着自己的一举一动而'公然'实施扒窃的,从来都是作为盗窃罪处理,而不是定抢夺等罪;假装走路不稳,故意冲撞他人,趁机取得他人财物的,也具有公然性;明知大型百货商店、银行等场所装有摄像监控设备且有多人来回巡查,而偷拿他人财物的,以及被害人特别胆小,眼睁睁看着他人行窃而不敢声张的,窃取行为都很难说是秘密进行的,但仍不失为窃取。"②

第三,盗窃罪的主观方面不仅需要有盗窃故意还要有"以非法占有为目的"。如果并非盗窃故意或缺少"以非法占有为目的",无论如何都不能将行为人的行为作为盗窃罪加以认定。③ 所谓盗窃故意是指,行为人认识到自己的窃取行为会改变他人对数额较大财物的支配与管理而希望这种结果发生的主观心态。"以非法占有为目的"的具体意涵如何?理论上素有分歧。大致有两种观点:一种是"意图占有说",是指明知是公私财物,而意图将其非法转归自己或第三者占有;一种是"不法所有说",包括非法暂时占有、使用的目的以及不法所有目的。④ 从"以非法占有为目的"应与盗窃罪的故意内容有所区分的角度看,宜支持后者,且应当将"以非法占有为目的"理解为"以非法所有为目的"。实践中,判定是否存在"以非法占有为目的",重要的是,查明行为人是否有意归还。如果行为人具有归还的意思,就不能将其行为认定为盗窃罪。实践中,如果行为人没有"以非法占有为目的",虽未经物主同意擅自使用他人财物,但用完后随即归还的,或私自使用代人保存的钱物,用后偿还的,等等,都不能构成盗窃罪。⑤

本案中,从侵害的权益和对象上看,梁丽的行为显然已经对被害人的财产所有权或者占有权造成了侵害,并且符合盗窃罪的行为对象要求。因此,梁丽的行为是否构成盗窃罪,关键在于其行为是否符合盗窃罪秘密窃取的行为方式要求,以及其主观上是否符合盗窃罪的盗窃故意和非法占有目的的要求。

---

① 徐海英:《盗窃罪与侵占罪界限的立法与司法考察》,吉林大学2009年硕士学位论文。

② 周光权:《刑法各论讲义》,清华大学出版社2003年版,第108页。

③ 盗窃罪等财产犯罪是否需要"以非法占有为目的",理论上存在一定的争议,有必要说与不要说的对立。参见刘明祥:《财产犯罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第76—79页。笔者支持必要说,认为只有坚持"以非法占有为目的"才足以将不具有可罚性的轻微窃取行为排除到盗窃犯罪的边界之外。当然,或许有论者会提出疑问,既然坚持"占有说",似不应当坚持必要说。但是,根据日本学者曾根威彦的研究,必要说与不要说与"本权说"与"占有说"并没有对应关系。参见刘明祥:《财产犯罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第76—79页。

④ 刘明祥:《财产犯罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第66页。

⑤ 贾宇:《刑法学》,中国政法大学出版社1999年版,第395页。

2. 适用盗窃罪面临的问题

梁丽的行为可以分为两个阶段予以把握:知道纸箱中实为黄金之前的行为(拾取装有黄金的纸箱);知道纸箱中实为黄金之后的行为(取得纸箱中的黄金回家)。[①] 结合盗窃罪的犯罪构成,针对梁丽案,若定性为盗窃罪,前阶段行为主要面临着不符合盗窃罪的主观要件的问题,后阶段行为主要面临着缺乏盗窃罪的客观要件的问题。

第一,前阶段行为缺乏盗窃罪的犯罪故意。一般认为,盗窃故意由以下几点构成:行为人明知其窃取物是公私财物,有经济价值;行为人明知其窃取的系属他人财物,为他人实际而有效地管理与占有,其窃取行为会使他人丧失对数额较大财物的占有,且希望这种结果发生。[②] 具体而言:其一,行为人必须对所窃物品的经济价值有所认知,且盗窃对象的价值达到一定数额,否则,行为人对盗窃行为所造成的后果缺乏足够认识,若其误认为无经济价值则难以肯定存有盗窃罪的犯罪故意。据本案来看,梁丽第一次看到纸箱并将其拾取转移至残疾人洗手间时并无盗窃故意的支配,当时她并未意识到其经济价值。在本案中,梁丽"捡"回的黄金价值近 300 万元,在未开启纸箱之前,梁丽无法意识到其足以有数额较大的经济价值。其二,行为人必须明知所盗之物为他人占有,这种占有既可以是有形的管理与控制,也可以是无形的管理与控制。但是,这种管理与控制的确有效存在。在本案中,失主或机场并没有事实地脱离对小纸箱中的黄金的管理与控制[③],但在梁丽的认识中,其无疑误以为这是乘客遗弃的物品,当然就缺乏改变他人占有的意思。因此,梁丽在获得财物的时候缺乏犯罪故意。[④]

第二,前阶段行为缺乏"以非法占有为目的"的支配。梁丽在得知纸箱内为黄金,不是他人遗弃物而可能是遗忘物时还将纸箱拿回家中据为己有,在主观上已具备了"以非法占有为目的"。但此目的与梁丽"捡"纸箱的初始目的不尽相同。纸箱出现在垃圾箱边、当时无人看管,梁丽确信此物为他人所遗弃,梁丽在"捡"到纸箱后,告诉了多位同事且并无掩藏之态,显然说明梁丽在拾得纸箱之初并无"以非法占有为目的"。

第三,后阶段行为缺乏盗窃罪的犯罪对象与犯罪行为。盗窃罪的犯罪对象必须是处于他人事实上有效管理与控制状态下的财物,既然前阶段行为已经将"百万黄金"置于行为人的占有之下,后面行为也就无从指向被他人事实上管理与控制的财物了,也无法符合盗窃罪在行为方式上的秘密窃取要求。与之相应的是,盗窃罪的犯罪行为也无法成就。所以,后阶段行为只有考虑是否存有其他犯罪的可能性。

---

① 这是理论讨论的通常做法。参见赵秉志等:《"偷"还是"捡"? 有罪还是无罪?》,载《法制资讯》2009 年第 5 期。

② 代伯亮:《盗窃罪的相关疑难问题研究》,河南大学 2007 年硕士学位论文。

③ 后文将指明此种情形实际上是一种特殊情形。

④ 赵秉志等:《"偷"还是"捡"? 有罪还是无罪?》,载《法制资讯》2009 年第 5 期。

(二) 认定为侵占罪的可能性与面临的问题

1. 适用侵占罪的可能性

根据我国《刑法》第270条的规定,侵占罪是“将代为保管的他人财物非法占为已有,数额较大,拒不退还的”行为,或者“将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交出的”。仅就刑法的表面来看,侵占罪主要有两种类型:第一类是侵占“代为保管”的财物类型的侵占罪;第二类是侵占“遗忘物”、“埋藏物”的侵占罪。[①] 从犯罪构成要件的角度看,本案中,对于梁丽行为成立侵占罪的可能性,需要注意从以下几个方面加以把握:

第一,与盗窃罪不同,侵占罪只能是在行为人已经现实地占有财物的情形下方能构成,故而侵占罪的犯罪客体不应当是财物的“占有”,而只能是“所有权”。而且,从行为的对象上看,侵占罪的犯罪对象必须是“代为保管”的财物、“遗忘物”和“埋藏物”。理论上,所谓“代为保管”的财物有狭义与广义之分:狭义的理解主张,所谓“代为保管”的财物仅仅包括他人委托暂时代为保藏或者看管财物,广义的理解认为,所谓“代为保管”的财物并不以存在委托关系为限,基于租赁、借贷、担保、无因管理等合同关系或者其他事实上的支配关系均可谓此种“代为保管”。[②] 但是,无论如何,针对此类犯罪对象的侵占罪的本质特点是变“占有”为“非法所有”。所谓“埋藏物”是指埋于地下或建筑物而脱离物主占有的财物,既可是归私人所有之物,也可是归国家所有之物,包括有明确所有人之物与不明所有人之物及归国家所属的历史、艺术等文物。所谓“遗忘物”,在理论上有两种看法[③]:一是指基于物主的意思暂放某处而忘记带走的财物,与之相对的“遗失物”则是指物主无法凭借记忆回想起来的财物,物主对财物已经完全失去了支配与控制,即是一种脱离占有之物;二是指物主遗落在有代为保管的临时管理人的场所中的财物,与之相对的“遗失物”则是指物主遗落在没有代为保管的临时管理人的场所中的财物。[④] 如果按照第一种观点来理解,实际上是将侵占“遗忘物”大致等同为侵占“埋藏物”的情形,两者本质相当;如果按照第二种观点来理解,实际上是将侵占“遗忘物”大致等同为侵占“代为保管”的财物的情形,两者本质相近。

第二,侵占罪的客观行为主要表现为将他人所有的数额较大的财物据为己有且“拒不退还”或“拒不交出”。所谓据为己有是指行为人对他人财物归为自己所有,包括维持非法占有以及在维持占有基础上对该财物使用、收益、处分。我国刑法对数额较大的概念尚未作具体规定,根据相关司法解释的规定,所谓数额较大是指5000—20000元。

---

① 许丽娟:《对于侵占罪与盗窃罪相区分若干问题研讨》,《“财产犯罪疑难问题”学术研讨会论文集》(2007),第198期。但这只是形式的区分,后文将会提出实质的区分。

② 张果:《论侵占罪中占有的含义》,《“财产犯罪疑难问题”学术研讨会论文集》(2007),第181页。

③ 刘明祥:《财产犯罪研究》,中国政法大学出版社2001年版,第376—377页。

④ 同上注。

所谓“拒不退还”或“拒不交出”是指，经权利人请求，保管人或事实上的占有人未按照约定或规定交还“代为保管”、临时占有的“遗忘物”、“埋藏物”的情形。有学者认为“拒不退还”、“拒不交出”主要涉及以下几种情况：公然拒绝、拒不承认、拒不赔偿、故意隐藏。①

第三，侵占罪的主观方面需要有侵占故意以及“以非法占有为目的”。所谓侵占故意是指，行为人认识到自己的侵占行为会妨碍他人对数额较大财物的支配与管理而希望这种结果发生的主观心态。所谓“以非法占有为目的”是指，将他人之物视为己物而根据自己意思去使用或处分，这一点与盗窃罪的“以非法占有为目的”没有本质区别。

本案中，从梁丽的行为上看，其主观上应当具有将占有的黄金首饰据为己有的目的。因此，梁丽的行为是否成立侵占罪，关键在于其行为的对象是否符合侵占罪的“代为保管”的他人财物、遗忘物或者埋藏物的要求，以及其客观上是否实施了将他人财物据为己有、拒不退还的行为。

2. 认定为侵占罪面临的问题

与盗窃罪相似，对梁丽两个阶段的行为适用侵占罪也面临着一定的问题：较为明确的是，前阶段行为只是“拾取”了他人的财物，这种将他人财物置于自己事实的支配与管理之下的行为，并不符合侵占罪的构成要件；关键是，考量后阶段的“占有”行为是否有构成侵占罪的可能。但是，将后阶段的行为认定侵占罪，主要存在着犯罪对象是否适格、“拒不退还”或“拒不交出”的客观条件是否成就的问题。

第一，纸箱中的黄金显然并非“埋藏物”，是否是“代为保管”的财物与“遗忘物”则值得思量。在本案中，纸箱中的黄金并非是他人故意埋藏的物品，自然也不存在侵占“埋藏物”的问题。那么，焦点落到两个问题上：一是是否属于“代为保管”的财物？二是是否属于“遗忘物”？如果依据狭义的理解，纸箱中的黄金并非是“代为保管”的财物，他人与梁丽之间并无委托保管的关系，如果依据广义的理解，纸箱中的黄金还是有可能成立“代为保管”的财物的，从而满足侵占罪的前提条件。所以，必须在狭义与广义的理解中作出选择。纸箱中的黄金是否是侵占罪的犯罪对象——“遗忘物”呢？根据前文，理论上有关“遗忘物”的认识，存在一定分歧。依据不同的观念，可能有不同的结论。若以是否为物主暂时遗忘为准，本案中的纸箱中的黄金当然就是“遗忘物”。此案中，黄金持有者将财物放置在垃圾桶边近十分钟，自己虽然暂时将黄金遗忘了，但事后显然已经回忆起来。若以物主对黄金的占有是否转移到场所中的临时管理人为准，本案纸箱中的黄金固然也算是“遗忘物”，但是，这里的“百万黄金”仅仅是场所中的临时管理人（机场）的侵占对象，他人无从侵占。除非，可以承认梁丽本人算是取得了临时管理人的地位。按照前者，梁丽后阶段的行为有成立侵占罪的可能；按照后者，梁丽

① 高霞：《侵占罪客观要件研究》，中国政法大学2008年硕士学位论文。

后阶段的行为是否成立侵占罪还需要具体地论定。

第二,缺少拒不退还或拒不交出的情节。综合全案来看,梁丽的确缺乏“拒不退还”或“拒不交出”的情节。如果缺乏“拒不退还”或“拒不交出”的情节,自然不能成立侵占罪。退一步说,理论上有关“拒不退还”或“拒不交出”的成立时间,不同学者对此的认知也不同:有见解主张以法院实体审理之前为限;有见解主张以一审裁判前为限;有见解主张以二审终审裁判前为限;有见解主张以侦查人员抓获行为人时为限。[1] 但是,即使以最不利于行为人的标准——“以侦查人员抓获行为人时为限”,也难以认定梁丽成立侵占罪,因为梁丽在抓获前已经交出财物。所以,无论“百万黄金案”中的黄金是否适合侵占罪的犯罪对象,梁丽的行为都不成立侵占罪。

(三)认定为无罪的可能与面临的问题

1. 认定为无罪的可能性

如前所述,对于梁丽行为属于无罪的论证主要有两个角度。而从刑事实体法的角度看,本案中,梁丽的行为是否属于无罪,关键在于其行为是否符合我国刑法分则规定的某种具体的犯罪。

从成立无罪的可能性上看,梁丽初始看到纸箱时并未产生“以非法占有为目的”,也无盗窃的故意,恰如拾得纸箱后梁丽告诉过同事,“有人认领就还给人家”,自然其“拾取”纸箱中黄金的行为也不能界定为“窃取”;当便衣警察上门时梁丽也交出了这批黄金,不存在“拒不交还”或“拒不退还”的情节。因此,梁丽案无法在盗窃罪或侵占罪上找到充足的法理支撑,梁丽应该是无罪的。梁丽的行为可能并不符合刑法中盗窃罪、侵占罪的构成要件,因而不构成犯罪,但并不意味着以“梁丽的行为”为代表的“拾得他人财物”的行为在任何情况下都不构成犯罪。

2. 认定为无罪面临的问题

具体地看,本案中梁丽未被追究刑事责任,但依据此案的结果,机械而笼统地将“拾得他人财物”的行为归入无罪则是不妥的。在缺乏充分合理的说明之前,简单而机械地理解“百万黄金案”的无罪化处理的后果往往是负面的。

一是对法律(或社会)秩序造成冲击。“百万黄金案”无罪的信号可能被错误地解读为梁丽的行为完全是正当的。当梁丽和同事得知箱内装有一包包类似黄金的物品时,梁丽曾让同事到机场黄金出售专柜加以鉴定,在得到肯定答复后,梁丽仍未采取积极的行为,如主动交公或积极寻找失主,而是将其带回家。这样的行为已表明了其占有该财物的意思,是不符合公序良俗的行为。因此,除对梁丽行为的无罪化评价以外,还有必要明晰其在法律上的正确位置。

二是容易误导社会公众。梁丽的行为不能构成犯罪,并不在于没有侵犯到他人的

---

① 董应平、罗京:《浅析侵占罪中“拒不退还或交出”的认定》,载《安徽警官职业学院学报》2003 年第 4 期。

所有权,很大程度上是因为主观上的不法意思内容没有与客观上的违法行为契合起来,或者是因为立法者的宽宥(如不满足拒不返还或交出要件)所致,如果据此笼统地认为所有的“拾得他人财物”不构成犯罪,将会使得大量的类似于“梁丽行为”的犯罪行为发生,这是我们应该极力避免的。

事实上,“百万黄金案”只是提供了理论上审视“拾得他人财物”类型行为定性的契机。从某种意义上讲,“百万黄金案”获得空前的关注,正是公众对法律处理“拾得他人财物”类型行为的法律定性的疑问所致。

五、“拾得他人财物”概念的提出与类型的划分

(一)“拾得他人财物”的概念

“拾得他人财物”是一种前规范的事实行为。所谓“拾得他人财物”是指行为人拾取他人所有的财物,进而事实地占有他人所有的财物的情形。“拾得他人财物”包括两个组成部分:前面的“拾取”与后面的“占有”。具体地说,“拾取”是指行为人对物主事实上无法有效管理的财物的取得占有,“占有”是指行为人继续维持“拾取”所造成的事实上的占有状态或者事实上排除他人占有的状态。

我国目前尚无立法专门处理“拾得他人财物”的行为。但是,这并不意味着,没有处理“拾得他人财物”的相关法律规定。例如:《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第79条第2款中规定:“拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物,应当归还失主,因此而支出的费用由失主偿还。”《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第94条规定:“拾得物灭失、毁损,拾得人没有故意的,不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有,拒不返还而引起诉讼的,按照侵权之诉处理。”《中华人民共和国物权法》第107条规定:“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害赔偿,或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物,但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的,权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后,有权向无处分权人追偿。”第109条规定:“拾得遗失物,应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取,或者送交公安等有关部门。”第111条规定:“拾得人在遗失物送交有关部门前,有关部门在遗失物被领取前,应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的,应当承担民事责任。”第114条规定:“拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的,参照拾得遗失物的有关规定。文物保护法等法律另有规定的,依照其规定。”综合以上规定,我国民事法律法规确立的脱离占有的“遗失物”、“漂流物”、“埋藏物”的物权规则是:行为人拾得此类脱离占有的财物,所有权人有返还请求权,行为人具有返还义务,否则属于民事侵权行为。

我国刑法并无直接关于“拾得他人财物”行为的犯罪类型,但是,“拾得”或“占有”行为可能在一定程度上适用有关刑法条文。例如,行为人“以非法占有为目的”对他人的埋藏物予以“拾取”并维持“占有”的,完全有适用刑法第270条有关侵占埋藏物的相关处理的可能。

总的来看,“拾得他人财物”这一类型的行为该如何处理,亟待理论探讨明晰,以应答实践中公众借由“百万黄金案”所提出的种种疑问:刑罚处罚的边界究竟在哪里?公民正当行为的边界究竟在何处?

(二)“拾得他人财物”的类型划分

不同的类型往往意味着有不同的规范处遇。通过类型化,将社会生活中的情形尽量予以涵括,并促使其与规范评价相结合。这是妥适的思考方向。

1. 以主观意思内容进行的划分

综合现实的复杂情况,对行为人拾得他人财物的主观意思可划分为以下三类:

一是直接占有意思类型的“拾得他人财物”。所谓直接占有意思类型的“拾得他人财物”是指行为人以自己所有的意思而拾得他人所有的财物。这种类型的“拾得他人财物”与他人财物的所有权存在着直接的冲突。这种类型的“拾得他人财物”常常表现为,拾得人不履行通告等义务,将拾得物直接据为己有,自行行使占有、使用、收益或处分权。通常,拾得人会明确表示拾得物为自己的财产,在物主或第三人发现并要求返还时,表示拒绝。

二是附条件归还意思类型的“拾得他人财物”。所谓附条件归还意思类型的“拾得他人财物”是指行为人以一定条件成就才予以归还所有权人的意思拾得他人所有的财物。这种类型的“拾得他人财物”与他人财物的所有权也存在冲突。这种类型的“拾得他人财物”中的条件主要又可以包括两种基本类型:他人索要才予以归还的;他人支付一定的酬金才予以归还的。

三是直接归还意思类型的“拾得他人财物”。所谓直接归还意思类型的“拾得他人财物”是指行为人并无非法占有的目的,相反却以归还物主为追求而拾得他人财物。这种类型的“拾得他人财物”与他人财物的所有权没有冲突。

2. 以财物的类型进行的划分

能够被行为人“拾得”而改变占有的财物,只能是物主不能有效管理与支配的财物;否则很难想象会有“拾得”行为发生的可能。结合我国相关法律的规定来看,他人不能有效管理与支配的财物主要有“遗失物”、“遗忘物”、“抛弃物”、“漂流物”及“埋藏物”等。

“遗失物”是民事法律中明确提及的概念。诚如前述,“遗失物”是完全脱离占有的财物,行为人拾得“遗失物”的,行为人负有返还的义务,否则应当承担侵权的责任。“遗忘物”是刑法中侵占罪所提及的犯罪对象的一种。“遗失物”与“遗忘物”究竟是何

种关系？对此，理论上有重大争议：一种观点认为，“遗失物”与“遗忘物”均是脱离物主占有之物。“遗失物”是出于物主的疏忽而将财物偶然遗落在某处，彻底丧失了对财物的支配控制能力，事后物主往往不能准确说出遗失时间和地点；“遗忘物”则是指物主因为某种原因有意识将财物放于某处因疏忽而忘记带走的财物。[①] 与“遗失物”有所区别的是，“遗忘物”的放置往往是基于物主的主观意愿，“遗忘物”的物主只是暂时失去或弱化了对物的控制能力，往往能够回忆起财物遗忘在何时何处。“遗忘物”重在对“忘”的强调，而“遗失物”则重在对“失”的强调。另一种观点认为，“遗失物”与“遗忘物”并非都是脱离物主占有之物。“遗失物”是物主将财物遗落在自己无法控制的场所，完全丧失了对财物的支配控制能力；“遗忘物”是物主将财物遗落在有一个临时的代为管理者管理的场所，虽然自己丧失了对财物的支配和占有，但临时的代为管理者并没有丧失对财物的支配和占有。

如果本着民事责任与刑事责任的区别来看，上述第一种观点并不完美。既然“遗失物”与“遗忘物”都是脱离占有之物，就没有太大可能性将之作出截然不同的评价。“拾得他人财物”之“遗失物”的，仅仅有承担民事侵权责任的可能，“拾得他人财物”之“遗忘物”的，则有承担刑事责任的可能，这难以使人接受。如果本着刑法条文内在的协调性来看，第二种观点就有相当程度的合理性。最典型意义的侵占罪的犯罪对象是“代为保管”的财物，保管人侵占“代为保管”的财物是最典型意义的侵占罪。本着这个前提继续思考，可以发现，第二种观点的理解有难以替代的优点。“遗忘物”虽然被物主遗忘，但场所的临时代为管理者对“遗忘物”加以侵占就与最典型意义的侵占罪没有差别，最典型意义的侵占罪应该惩罚，此种侵占行为也应惩罚。或许会有人反问，既然将侵占罪的可罚基点定位为保管人侵占“代为保管”的财物，那么，如何理解刑法对于他人侵占“埋藏物”的规定呢？对此，笔者认为，“埋藏物”固然是脱离占有之物，其与“遗失物”并没有本质上的区别，但是，从刑法谦抑的精神来看，还是应当支持第二种观点。坚持第二种观点会大大压缩较轻的行为成立犯罪的可能性，仅仅将侵占脱离占有之物的犯罪类型限定在“埋藏物”的情形。据此，可以将侵占罪实质地表达为两种类型：第一种类型是带有违反代为保管义务色彩的侵占罪，包括侵占“代为保管”的财物与侵占“遗忘物”；第二种类型是侵占“埋藏物”。

不过，这并不意味着上述第二种观点没有明显的问题。第二种观点将“遗忘物”完全地理解为脱离物主控制而由场所代为管理的财物，与“代为保管”的财物一致，那就意味着，如果财物遭受损失，场所的管理者就应当承担相应的赔偿责任。但是，这样就可能缺乏现实性。实际上，很多情况下，遗落在场所中的财物，虽然场所的管理者有看护的义务，却几乎并不承担财物损失的赔偿责任。例如，“百万黄金案”中的黄金，假设

① 谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 238—239 页。

最终没有找到,物主很难请求法院判令机场承担赔偿责任。如果代为管理者并不承担完整的民事责任,就不应当将场所中的"遗忘物"一概而论,而是需要具体地区分"遗忘物"。

根据场所管理的实际情况,可以将场所划分为完全开放式的场所、半封闭式的场所和封闭式的场所。完全开放式的场所的特点是,场所完全开放,自身与外部没有明确的物理空间阻隔,场所的管理者仅仅对场所提供基本的维护,如修葺、洗扫、美化等。参与完全开放式场所活动的个人,自己履行对自己人身、财物的保护职责;半封闭式的场所的特点是,场所部分开放,自身与外部有相对明确的物理空间阻隔,场所的管理者不仅要对场所提供基本的维护,也部分地承担保护参与场所活动的个人的人身与财产的职责;封闭式的场所的特点是,场所仅对特定对象开放,自身与外部存在明确的物理空间阻隔,场所的管理者不仅对场所提供基本的维护,还对参与场所活动的个人的人身与财产承担高度的责任。前者恰如马路、广场、码头等;中者恰如商场、影剧院、公园、车站等;后者恰如旅店、酒楼等。物主遗落财物于马路、广场此类的完全开放式的场所,并不存在着一个临时性的代为管理者,所以此类被遗落的财物应当被归入与"遗忘物"相对的"遗失物"的范畴;物主遗落财物于旅店、酒楼等封闭式场所的,事实上存在着一个高度义务的财物保管者,如果管理不善致使财物遗失的,其应当相应地承担赔偿责任,此类被遗落的财物应当被归入刑法中的"遗忘物"的范畴。

存在问题的是,物主遗落财物于商场、影剧院等半封闭式场所的情形,所遗落财物究竟是"遗失物"还是"遗忘物"? 从"遗忘物"的基本定义来看,遗落在半封闭式场所的财物不得不被称作"遗忘物"。但那并不意味着,遗落在半封闭式场所的"遗忘物"应当与遗落在封闭式场所的"遗忘物"同等对待。遗落在半封闭式场所的"遗忘物"与遗落在封闭式场所的"遗忘物"有个重要的不同:在民事理论与实践中,场所的临时代为管理者对此种"遗忘物"即使没有尽到充分的管理职责,也难以要求其履行相应的赔偿责任,而对遗落在封闭式的场所的"遗忘物",场所的管理者没有尽到充分的管理职责,应当使之承担相应的赔偿责任。遗落在半封闭式场所中的"遗忘物"是一种特殊的"遗忘物",在刑法的规范处理上,应当与遗落在封闭式场所中的"遗忘物"有所区别。笔者认为,场所的临时管理者对遗落于半封闭式场所中的"遗忘物"承担有代为保管的义务,其侵占此类"遗忘物"当然属于第一种类型的侵占罪。但是,此类"遗忘物"不应理解为是事实上处于场所临时管理者的现实占有的财物,否则,很难解释场所的临时管理者并不承担财物遗失的民事责任。

另外,还有"抛弃物"、"漂流物"、"沉没物"、"埋藏物"等概念,它们在脱离占有这一点上与"遗失物"没有本质不同。所谓"抛弃物"是指所有人表示放弃所有权而放弃占有的财物。不过,"抛弃物"属于无主物,拾得人可依据先占原则取得该物所有权,抛弃者无权请求拾得者返还,"拾得他人财物"者也没有成立侵权行为与相关犯罪的可

能;所谓"漂流物"是指非出于所有人本意导致漂流于水上或附着于岸边的无人占有之物。所谓"沉没物"是指非出于所有人本意导致沉没于水底的无人占有之物。[①] 一般而言,"漂流物"和"沉没物"可视为水中的"遗失物"。所谓"埋藏物"是指财产所有者故意埋藏于地下、地面建筑的财物,埋藏物缺乏有效的管理与控制,属于脱离占有之物。[②] 与其他脱离占有的财物不同的是,"埋藏物"是我国刑法中侵占罪的犯罪对象。

对于"拾得他人财物"刑法上的定性问题,应当结合不同的意思类型与财物类型予以具体分析。

六、"拾得他人财物"之刑法定性

(一)"拾得他人遗失物"的定性

1. 直接占有意思类型的"拾得他人遗失物"

对于直接占有意思类型的"拾得他人遗失的财物"的情况,可以分解为两个部分予以考查:一是直接占有意思支配下的"拾取"遗失物;二是直接占有意思支配下的"占有"遗失物。对于直接占有意思支配下的"拾取"遗失物的行为,应属于民法意义上的不当得利。根据《中华人民共和国民法通则》第 92 条的规定:"没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。"也即,直接占有意思支配下的行为人,在"拾取"遗失物后即发生民法意义上的不当得利返还义务。

对于直接占有意思支配下的维持"占有",拒不返还物主财物的,究竟仅属于民事侵权行为还是成立侵占罪,这值得思考。恰如前述,民事侵权的成立应当没有问题。关键是,在民事侵权的基础上是否有成立侵占罪的可能。在笔者看来,"遗失物"属于脱离占有之物,既然刑法仅仅将脱离占有之物的犯罪对象限缩在"埋藏物",那么就没有必要将"遗失物"纳入侵占罪的犯罪对象的涵摄范围。此外,能否将行为人"拾取"的遗失物算作是接受了他人委托而"代为保管"财物?从而有成立第一种类型的侵占罪的可能呢?应当说,将"拾取"遗失物也作为接受了他人委托而"代为保管"财物的情形,那并没有准确地理解刑法有关侵占罪的规定。如果将行为人"拾取"遗失物算作是接受了他人委托而"代为保管"财物,那么,刑法之中的侵占罪遂仅存唯一的一种类型,侵占他人"埋藏物"就没有必要予以规定。因为,"遗失物"与"埋藏物"都是脱离占有之物,"拾取"遗失物算是接受了他人委托而"代为保管","拾取"埋藏物也就算是接受了他人委托而"代为保管"了,故而刑法完全没有必要规定第二种类型的侵占罪。因此,纵然将刑法所规定的"代为保管"的财物作广义理解,也不能将"拾取"的遗失物作为"代为保管"的财物。

---

① 谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 252 页。

② 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 380 页。

2. 附条件归还意思类型的"拾得他人遗失物"

附条件归还意思类型的"拾得他人财物",根据所附加条件的不同,又可以分为不同的类型:

其一,附加他人索要才予以归还的。此种情形,一方面,行为人有非法占有他人财物的意思,另一方面,行为人也有返还他人财物的意思。对此类行为性质的判定宜从这两个方面综合予以考虑。从非法占有他人财物意思的角度看,行为人的"拾取"遗失物的行为当然属于不当得利,行为人应当返还财物,否则成立民事侵权。虽然行为人也有返还他人财物的意思,但行为人并没有因此改变支配"拾得"行为的主观心态,这种返还他人财物的意思属于将来的意思,故而附条件返还财物的意思不能改变前面行为的性质。附条件返还财物只是设定了将来行为的可能,并没有特别重要的规范价值。由于行为人附加了他人索要就予以返还的意思,当物主索要之时,行为人就会结束占有,归还财产,就不会发生民事侵权问题。但是,行为人临时改变事先附加的条件,拒不返还财物的,仍然可能认定其行为成立民事侵权。

其二,附加他人支付酬金才予以归还的。现有法律规定拾得人享有向物主要求必要补偿费用的权利,拾得人在归还时附加一定条件的行为虽与我国传统道德所提倡的拾金不昧有所出入,但从权利义务对等的角度来看也是合理的。一方面,拾得人存在通知物主或公安机关等部门的义务,对遗失物的保管和返还可能产生一定的人力、物力、财力的耗费,在此基础上要求一定的酬金是与拾得人实际劳动、支出相对应的。另一方面,物主也应承担一部分因疏忽导致的保管不善的责任,给予拾得人一定的报酬有利于更快、更好地寻回失物。笔者认为,对于附加支付酬金才予以归还意思类型的"拾得他人财物"应具体分析,综合考量意图索取酬金的多少及其与相应的管理费用之间的关系予以确定性质。仅仅希望拿回必要管理费用的酬金的,行为人"拾取"行为属于拾金不昧的正当行为;仅仅希望拿回除必要管理费用外的较少酬金的,行为人"拾取"行为整体仍然属于拾金不昧的正当行为;不但希望拿回必要管理费用还希望高额的酬金的,行为人算是具有占有他人财物的意思①,在此意思支配下的行为人的"拾取"行为属于不当得利。不论是拾金不昧的正当行为,还是不当得利,行为人都有返还他人财产的义务,当物主向其索要而拒不返还的,行为人继续维持"占有"的行为均属于民事侵权行为。如果,行为人的确为管理财物支付了必要成本,则属于无因管理之债。如前所述,不当得利性质的"拾取"遗失物不能算作是"代为保管",拾金不昧性质

① 李莹:《拾得遗忘物并以索要高额赎金相要挟的行为应如何定性——以海淀区检察院办理的真实案例为视角》,载《"财产犯罪疑难问题"学术研讨会论文集》(2007),第190页。

的“拾取”遗失物也不能算作是“代为保管”。根据“举重以明轻”的法理[①],拾金不昧的行为人继续维持“占有”而拒不归还的行为也只能算作是民事侵权而已。

3. 直接归还意思的“拾得他人遗失物”

直接归还意思类型的“拾得他人财物”完全属于拾金不昧的正当行为。行为人“拾取”他人遗失物属于拾金不昧,“占有”他人遗失物属于无因管理的行为。由于行为人存有归还意思,当他人请求归还时,一般行为人会主动转交财物。但是,倘若行为人转化意思,拒不归还者,则属于民事侵权行为。

(二)“拾得他人遗忘物”的定性

1. 直接占有意思类型的“拾得他人遗忘物”

封闭或半封闭式场所的临时性的代为管理者“拾取”他人之“遗忘物”的情形,原则上属于履行代为管理职责的行为,自然没有直接占有意思类型的“拾得他人财物”的问题发生。当然,封闭或半封闭式场所的临时性代为管理者基于直接占有意思对代为管理的财物进行处分或继续占有的,已经侵犯了物主的所有权,属于刑法中的侵占行为,当他人对之索要而拒不归还时,就成立刑法中侵占罪之侵占“遗忘物”的类型。

疑难的是,非场所临时性代为管理者(例如,“百万黄金案”中的梁丽或者其他路人),对他人遗落于封闭或半封闭场所的“遗忘物”予以直接占有意思的“拾取”与“占有”的,该如何处理?

第一种情形,行为人“拾取”他人遗落于封闭式场所的“遗忘物”的。[②] 行为人在对“遗忘物”有正确的认识的情形下,以直接占有意思“拾取”他人的“遗忘物”的,属于盗窃行为,即明知场所的临时性代为管理者对财物进行有效占有与管理的情形下,故意改变这种占有关系,是盗窃行为,当满足盗窃罪的其他条件时(如达到数额较大的标准),就应当认定成立盗窃罪。行为人在对“遗忘物”缺乏正确的认识的情形下,误将“遗忘物”视为“遗失物”的,以直接占有意思“拾取”他人的“遗忘物”的,即缺乏盗窃的故意,不能认定为盗窃罪,最多能够成立不当得利。但是,这种错误认识是很难想象的。只要行为人对封闭式场所有正确认识,就足以判断场所中的财物不属于脱离占有的“遗失物”。例如,入住旅店的顾客甲发现房间里的名表(系前面顾客乙遗落的),就应该肯定其认识到了该名表系属他人(旅店)有效占有与管理的“遗忘物”的性质。甲的行为足以评价为盗窃罪。

① 这里所谓“举重以明轻”是指,重的类型都不足以成立刑法中的犯罪,轻的类型自然就不能成立刑法中的犯罪。有关刑法中的“举重以明轻”的解释原理,可参考马成福:《刑法适用中的“举轻明重”和“举重明轻”》,载《检察日报》2006 年 3 月 24 日。

② 场所的管理人员本身以直接占有意思“拾取”他人遗落的“遗忘物”的,应当有考虑成立职务侵占罪的可能。毕竟,行为人是利用了职务的便利侵占了由场所代为管理的财物。但是,在梁丽案中,并没有那样的可能。

第二种情形,行为人拾得他人遗落于半封闭场所的"遗忘物"的。此种财物,并没有事实上处于临时代为管理人的支配与控制之下,行为人的行为自然不宜评价为盗窃罪。在梁丽案中,梁丽"拾取"他人此种类型的"遗忘物"的行为当然不能认定为盗窃罪,而只能认定其为不当得利。值得深思的是,行为人在权利人请求下,仍然拒不返还财物维持"占有"的行为,其行为能否被评价为侵占罪?这种情况比较复杂。一方面,行为人的行为的社会危害性重于侵占"埋藏物"之类的脱离占有之物的行为。毕竟,相对于"埋藏物"而言,此类"遗忘物"尚处于半封闭式场所中,存在着一个临时性代为管理人,所有人寻回遗落的财物的可能性客观上大于"埋藏物"之类的脱离占有之物。另一方面,行为人的行为难以比肩于临时性的代为管理者侵占"遗忘物"的行为。与之相较,行为人不是场所的管理人,作为临时性代为管理者的场所管理人有确实的法律职责。在笔者看来,行为人"拾取"他人遗落于半封闭场所财物的,其事实性地将"遗忘物"置于自身的占有与管理之下,相当于取代了场所的临时性代为管理人的角色。那么,行为人自身侵占该"遗忘物"也就足以成立第一种类型的侵占罪。如果不这样理解的话,就会形成显著的处罚漏洞。

2. 附条件归还意思类型的"拾得他人遗忘物"

其一,附加他人索要才予以归还的。根据"遗忘物"遗落的场所,同样,可以分为两种情形:(1) 拾得他人遗落于封闭式场所的"遗忘物"的,行为人附条件归还意思的"拾取",仍然应当认定为具有"以非法占有的目的",主观上没有认识错误的情形下,可以肯定有改变他人占有的盗窃故意,足以成立盗窃罪,当然,行为人主观上误以为为脱离占有的"遗失物"的,不能成立盗窃罪,后面的"占有"行为也不能成立侵占罪;(2) 拾得他人遗落于半封闭式场所的"遗忘物"的,行为人附条件归还意思的"拾取",虽可以认定为具有"以非法占有为目的",却没有改变他人占有的盗窃行为,不能成立盗窃罪。诚如前述,行为人"拾取"行为算是取代了临时性代为管理人的角色,后面的"占有"行为也有可能成立侵占罪。

其二,附加他人支付酬金才予以归还的。诚如前述,应当根据行为人索要酬金的内容与多少判断是否具有"以非法占有为目的"。如果行为人仅仅出于索要可能的管理成本或相对合理的酬金的意思而"拾取"遗落在封闭式场所的"遗忘物"的,其行为属于正当的行为。由于行为人的"拾取"导致了他人财物事实地进入行为人支配的领域,行为人事实性地取代了临时性代为管理人的角色,如果行为人继续维持"占有"而拒不归还的,应当成立侵占罪。如果行为人出于索要高额的酬金意思而"拾得"遗落在封闭式场所的"遗忘物"的,其行为足以成立盗窃罪。同样,行为人出于索要高额的酬金的意思而"拾得"遗落在封闭式场所的"遗忘物"的,其行为可能成立盗窃罪。在遇有遗落于半封闭式场所的"遗忘物"的情形,行为人无论是否是出于索取基本的管理成本、合理的酬金还是索取高额的酬金,"拾得"行为都不足以成立盗窃罪,行为人继续维持"占

有”而拒不归还的,则有成立侵占罪的可能。

3. *直接归还意思的“拾得他人遗忘物”*

无论是遗落在封闭式场所中的“遗忘物”还是遗落在半封闭式场所中的“遗忘物”,行为人都没有“以非法占有为目的”,“拾得”遗落在这些场所中的“遗忘物”的行为都应当属于拾金不昧的正当行为,后面的“占有”则属于无因管理的行为。当然,行为人拒绝返还他人“遗忘物”的,由于行为人事实上取代了临时性代为管理人的角色,其行为足以成立侵占罪。

至于其他类型的脱离占有之物,如“漂流物”、“沉没物”等,在处理上应当同于“拾得他人遗失物”的情形。当然,根据刑法规定,行为人拾得他人的“埋藏物”的,拒不归还者,就是刑法中的第二种类型的侵占罪。

七、结语

综上所述,在既定的案情基础上,“百万黄金案”中梁丽的“拾取”行为应当属于不当得利。实际上,若界定梁丽有罪,主要是判断其是否成立盗窃罪或侵占罪。但是,以盗窃罪而论,最重要者在于,从主观方面来看,梁丽的“拾取”行为并不是在改变他人财物占有性质的盗窃故意支配下的;当然,从客观方面来看,梁丽的行为也不属于改变占有的盗窃行为。而以侵占罪而论,最重要者在于,梁丽客观上返还了他人财物,不能满足侵占罪的全部要件。应该说,“百万黄金案”具有重要的社会意义,其提出的“拾得他人财物”的刑法定性问题清楚地向司法机关表达了人们对正当行为与违法、犯罪行为边界的追问。“百万黄金案”的尘埃落定与最终处理结果并不能有效地应答这一追问。“拾得他人财物”并非是一种规范类型,而是一种前规范的事实类型,对之的处理应当具体分析:“拾取”他人的“遗失物”的,不能成立“盗窃罪”,维持“占有”的行为原则上也不能成立“侵占罪”;非场所的临时性代为管理者“拾取”他人的“遗忘物”的,根据场所的具体情形,部分可以成立盗窃罪,部分并不成立犯罪,维持“占有”的行为则可以成立“侵占罪”。

左安一被控诈骗宣告无罪案法理研究

左坚卫[*]　邱丛丛[**]

一、选案理由

中国通向现代法治之路的脚步尽管曲折艰难，甚至在一定时期盘桓不前，但总体上仍在不断进步。那些一波三折的刑事个案印证着这条道路的艰难。发生在黑龙江省的左安一被控诈骗最终宣告无罪案的曲折历程堪称中国法治之路的一个缩影。该案被告人天圆集团董事长左安一由于某些案外因素的影响，在根本不存在任何犯罪事实的情况下，两次被哈尔滨市中级人民法院以诈骗罪判处无期徒刑，最终由黑龙江省高级人民法院改判无罪。期间，破坏法治与维护法治的较量可谓情节跌宕起伏，充满传奇色彩。该案历经5年，左安一被剥夺人身自由1 800余天。他的不幸与幸运都足以令人感慨万千，折射出中国法治事业"前途光明，道路曲折"的现实。本案所蕴含的认定诈骗罪需要注意的问题也值得我们深思。故将其入选本书。

二、基本案情

1996年9月14日，天圆集团董事长左安一以美国天圆金融贸易公司（以下简称美国天圆公司）的名义与北京老年服务开发公司签订了合作建设"长青大厦"项目意向书。为了顺利取得项目开发权，左安一于此前的1996年8、9月份，向哈尔滨财政证券公司香坊营业部（以下简称香坊营业部）经理陈君介绍了长青大厦项目，并向陈君提出了借款的要求。陈君在对项目进行测评后认为可以赢利，遂决定借款给左安一。双方于1996年10月中旬签订了3份借款协议，左安一任董事长的哈尔滨天圆金融信息咨询服务有限责任公司（以下简称"哈天圆公司"）共向香坊营业部拆借资金1亿元人民币。后因特殊原因，中国老龄协会于1996年10月29日决定放弃与美国天圆公司合作，转而与香港瑞成公司合作开发"长青大厦"项目，并于1996年10月31日通知左安一不能与其合作。但哈天圆公司所借香坊营业部的资金没有退还，而是按照双方此前

---

* 北京师范大学刑事法律科学研究院教授、法学博士，刑科院中国刑法研究所副所长。

** 四川省公安厅科研中心研究员。

达成的协议,用于了另外的合作项目。左安一的哈天圓公司为保证归还该笔借款,提供了正在开发中的北京天圓广场房地产项目作为担保。哈天圓公司在该项目上的预期收益远远超出其所借香坊营业部款项。2002 年 9 月 30 日,左安一突然被刑事拘留。2003 年 11 月 5 日,哈尔滨市人民检察院以合同诈骗罪对左安一提起公诉。

2003 年 11 月 5 日,哈尔滨市人民检察院对左安一第一次起诉,指控:1996 年 8 月,左安一与中国老龄协会袁秀石洽谈合作开发“长青大厦”建设项目,并签订了合作意向书。同年 9 月,中国老龄协会转而决定与香港瑞成国际公司合作开发该项目,并将决定并通知了左安一。左安一在明知不能参与项目开发的情况下,仍于 1996 年 10 月与香坊营业部经理陈君签订了 3 份以筹建“长青大厦”为名的合作协议,拆借资金 1 亿元人民币。由于用以指控左安一的证据系人为编造出来的伪证,而新出现的书证证明左安一与中国老龄协会签订合作意向书的时间是 1996 年 9 月而不是 8 月,左安一与香坊营业部签订借款协议的时间是 1996 年 9 月中旬而不是 10 月,中国老龄协会转而决定与香港瑞成国际公司合作开发该项目的时间是 1996 年 9 月底,也就是说,左安一向香坊营业部借款发生在其接到不能参与“长青大厦”项目开发之前,而不是在明知不能参与项目开发的情况下,从而推翻了公诉机关的指控。第一次起诉就此不了了之。

2004 年 1 月 18 日,哈尔滨市人民检察院对左安一第二次起诉,指控左安一在没有实际取得合作项目的情况下,向陈君谎称已经取得项目,正在筹建,骗取香坊营业部的资金,仍然犯了合同诈骗罪。被告人左安一及其辩护人则列举大量证据证明,左安一在与香坊营业部签订合同取得资金的过程中没有向陈君谎称已经取得项目,没有实行任何欺骗行为,也没有非法占有香坊营业部资金的目的,因此,左安一的行为不构成合同诈骗罪。2004 年 2 月 26 日,哈尔滨市中级人民法院作出第一次一审判决,认定公诉机关指控成立,以诈骗罪判处左安一无期徒刑。左安一不服判决,提出上诉。黑龙江省高级人民法院于 2005 年 7 月 26 日作出裁定,认为哈尔滨市中级法院对本案认定的事实不清,撤销原一审判决,发回重审。

2005 年 12 月 29 日,哈尔滨市中级人民法院审理本案后,再次认定左安一犯了诈骗罪,并判处其无期徒刑。2007 年 7 月 26 日,黑龙江省高级人民法院作出二审判决,认定左安一的涉案行为不具备诈骗罪的构成要件,不构成诈骗罪,撤销了哈尔滨市中级人民法院的第二次一审判决,宣告左安一无罪。

本案刑事诉讼部分就此结束。左安一因这一错案蒙受了巨大的人身和经济损失。他因此被剥夺了 1 800 余天亦即 5 年多的人身自由,预期收益达数亿元人民币的北京天圓广场房地产项目被强行夺走。目前,左安一要求恢复其在北京天圓广场房地产项目上的权益,重新开发该项目的维权行动仍在继续中。

三、裁判要旨

1. 第二次一审判决的裁判要旨:被告人在未取得合作建设项目的情况下,擅自将

他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动,致使巨额合作资金无法返还,属于以非法占有为目的骗取他人财物,已经构成诈骗罪。

2. 终审判决的裁判要旨:被告人以美国天圆公司的名义与北京老年服务开发公司达成合作建设长青大厦的意向客观存在,并非虚构的事实;香坊营业部负责人经实地考察,确认项目可行,遂与哈天圆公司签订合作协议,向其拆借资金,其行为不是受骗所为;被告人在香坊营业部按照合作协议将 9 800 万元资金汇入哈天圆公司账户后才得知北京老年服务开发公司取消与其合作,该资金并非左安一以欺骗手段所得。综上,现有证据不足以证明被告人以非法占有为目的骗取他人财物,原审判决据以认定被告人犯诈骗罪的事实不清,证据不足。

四、引发的理论问题

本案涉及的法理问题主要有:

1. 合同诈骗罪客观方面的认定问题。本案公诉机关认为,左安一的行为符合 1996 年 12 月 16 日《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第 2 条第 1 款第 5 项和该条第 4 款规定的情形,从而认为其行为构成合同诈骗罪。一审法院认为,左安一虚构其任法定代表人的内资企业正在运作“长青大厦”项目等事实,并将其内资企业在该项目中的所谓“权益”列为保证条款,诱使被害单位与其签订拆借合同,骗取巨额资金用于在境内外非法从事炒卖外汇等高风险活动,无法返还,其行为已构成诈骗罪。而辩方认为左安一在与香坊营业部签订合同取得资金的过程中没有实行欺骗行为,也没有非法占有香坊营业部资金的目的,所以,左安一的行为不能构成合同诈骗罪。因此,如何认定合同诈骗罪的客观方面,成为本案定性的关键问题之一。

2. 合同诈骗罪“以非法占有为目的”相关问题研究。左安一在签订合同时主观上是为了项目合作,并没有非法占有的目的。在获得借款后是否可能产生符合本罪主观构成要件的“非法占有目的”?公诉机关认为,行为人将借款用于“炒卖外汇这种高风险投资”是对占有这笔资金的一种放任心态,合同诈骗罪的主观方面是否可以是间接故意?因此,如何认定合同诈骗罪“非法占有目的”相关问题,成为本案定性的关键问题之二。

3. 合同诈骗罪与相关民事行为的界定。合同诈骗罪和合同欺诈行为、合同纠纷这些民事行为之间,在主观方面和客观方面都有很多相似之处,容易混淆。综观左安一的行为所体现出的主客观特征,究竟是符合合同诈骗罪的犯罪构成,还是合同欺诈行为并没有构成犯罪,抑或只是正常的民事借贷,如何界定合同诈骗罪和相关民事行为,也就成为本案定性的关键问题之三。

4. 错案纠正后,被告人相关权益的恢复问题。本案被告人左安一最后被宣告无罪,已属十分幸运而且不易,他似乎应该感到满意,但是,如果考虑到他因这起错案而

蒙受了数亿元的巨额经济损失,因错案而丧失的合法权益——北京天圆广场房地产项目的原有开发权也迟迟得不到恢复,而与此同时,香坊营业部因左安一的天圆公司所借资金不能归还,向法院提起诉讼,要求天圆公司归还借款本息,那么可以说,如果错案昭雪后,左安一因错误而丧失的相关权益不能得到恢复,他仍将陷入难以走出的困境。由此产生的问题是,错案纠正后,被告人的相关权益如何恢复?

五、合同诈骗罪客观方面的认定

(一)合同诈骗罪客观行为特征

合同诈骗罪在客观方面表现为行为人在订立、履行合同的过程中,采用虚构事实、隐瞒真相或者其他欺骗手段,使对方产生错误认识,从而与其签订合同,并交付一定财物的行为。具体来讲,本罪在客观行为方面具有以下几个特征:

1. 行为必须发生在订立、履行合同的过程中

"订立、履行合同的过程中"是合同诈骗行为发生的时间条件,也就是行为人在与被害人订立合同的要约、承诺或者应当依照约定全面履行合同义务的过程中实施诈骗行为。这也是合同诈骗罪区别于其他诈骗犯罪之处。

2. 行为人实施了诈骗行为

理论上通说认为,合同诈骗罪的客观行为表现为虚构事实、隐瞒真相等行为。[①] 所谓虚构事实,就是指行为人用语言、文字或者举动等表达其明知是虚假的事实,可以是全部的虚构,也可以是部分虚构;所谓隐瞒真相,是指隐瞒客观存在的真实情况,即在订立、履行合同的过程中,行为人有义务告知被害人事实真相而没有告知。隐瞒真相的行为也是多种多样的,可以是口头隐瞒,也可以是书面隐瞒,还可以是通过第三人的行为隐瞒。需要指出的是,"隐瞒真相必须是有告知的义务而沉默"[②],没有告知义务而沉默的,不是本罪的隐瞒真相。这里的"事实"和"真相"都是被害人处分财物时据以作为判断基础的。无论这种事实或真相是关乎物品的性质、质量,还是关乎可能产生的法律效果,也无论是有关过去、现在抑或是将来的情况,只要使被骗人产生了错误认识,并基于这种错误认识处分财物,就构成合同诈骗罪的虚构事实或者隐瞒真相。

对于本罪的行为方式,有学者认为,合同诈骗罪只能由作为构成,即危害行为只能是作为形式。[③] 理由在于:"非法占有"的目的决定了合同诈骗罪只能是行为人以积极的身体活动实施刑法所禁止的危害行为这种作为形式。该学者同时指出,虚构事实是一种作为形式,而隐瞒真相是不作为方式,合同诈骗罪作为一种直接故意的目的犯,行为人不可能采取隐瞒真相的方式,而1997年刑法列举的合同诈骗罪的五种情形没有任

---

① 参见高铭暄等主编:《中国惩治经济犯罪全书》,中国政法大学出版社1995年版,第1058页。

② 参见徐武生:《经济犯罪与经济纠纷》,法律出版社1998年版,第165页。

③ 周友苏、许前川:《合同诈骗罪"非法占有"目的之研究》,载《社会科学研究》2001年第4期,第101页。

何一种属于隐瞒真相。[①] 笔者认为这种观点有失妥当,不作为同样可以构成合同诈骗罪,理由如下:

首先,某种犯罪具有犯罪目的并不意味着该罪的行为方式只能是作为,而是说明这种犯罪只能在直接故意的心态下实施[②],行为人通过积极的行为去制造条件、克服困难,从而实现犯罪目的。作为表现为一种积极主动的身体行为,但不能由此认为直接故意犯罪只能是作为犯罪,很多直接故意犯罪既可以是作为犯罪,也可以是不作为犯罪。例如在直接故意杀人罪中,既可以是行为人用刀捅杀被害人的作为形式,也可以是不给被害人食物而使其饿死的不作为形式。由此可见,"非法占有"的目的不能决定合同诈骗罪只能是作为犯罪。

其次,1997 年《刑法》第 224 条中列举的五种情形中,包括"虚构……"、"伪造、变造……"、"诱骗……"、"收受……逃匿"、"以其他方法……"并不能说明合同诈骗罪的行为方式只包括虚构事实,而在实际犯罪过程中,虚构事实和隐瞒真相也往往是结合使用的,隐瞒真相的同时也虚构了事实,而虚构的事实也往往是用以隐瞒真相。当然,"隐瞒真相"并非只表现为不作为形式,而是也可以表现为作为形式。对于应当告知真相而只是消极没有告知的,当然是不作为形式;但是如果行为人为了防止被害人得知真相,采取了各种积极行为掩盖真相的情况下,这种行为就是一种积极的形式,这也属于隐瞒真相。

再次,从其他国家和地区的司法实践来看,诈骗犯罪的行为方式也是包括不作为形式的。在加拿大,通过最高法院审理的麦克罗诉 R. 上诉案、安大略省上诉法院审理的 R. 诉布鲁斯案,承认诈欺的不诚实手段可以包括不告知或不作为,不必是积极的行为。不诚实的不作为可以包括行为人对揭示某一重要事实负有告知的法律义务却故意地、有预谋地不予揭示,因为这种不作为将会误导一个"理性的人"的"错误的理性行为"。[③] 而德国、瑞士等国刑法中所说的"隐瞒事实"就是一种不作为。[④]

3. *相对人因行为人的行为产生错误的认识*

所谓错误认识是指人们主观认识与客观事实不一致的情况。这种错误认识不是泛指被害人对有关的所有事实都发生错误认识,而只限于能够对其决定是否以及如何订立或履行合同具有实质性影响作用的相关情况。欺诈行为必须达到使一般人能够产生错误认识的程度,没有达到上述程度的,不是合同诈骗罪中的欺诈行为。使受害人陷于错误认识,既是合同诈骗罪客观方面的特征之一,也是行为人"虚构事实、隐瞒真相"的欺诈手段所导致的后果,手段和结果之间存在因果关系。一般认为,在时间顺

---

① 周友苏、许前川:《合同诈骗罪"非法占有"目的之研究》,载《社会科学研究》2001 年第 4 期,第 101 页。

② 关于"非法占有"的目的与直接故意之间的关系,本文将在第三章进行详细论述,此不赘述。

③ 王文华:《加拿大与中国经济诈欺犯罪比较》,中国检察出版社 2003 年版,第 631 页。

④ 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社 1999 年版,第 48 页。

序上，行为人的欺诈行为在先，被害人的错误认识在后。① 对于如果对方当事人认识错误在先，行为人仅仅是利用其错误认识进而订立、履行合同，是否构成本罪的问题，有观点认为只能作为民事纠纷而不能作为诈骗犯罪处理。② 笔者认为应当根据具体情况，区别对待。如果行为人明知对方对订立、履行合同的相关情况有错误认识，并且行为人负有法定或者约定的告知义务而没有告知的，行为人的行为就应当被认为是不作为形式的“隐瞒真相”，如果符合其他相关条件，就可以被认定为合同诈骗罪；如果行为人并不知道对方对相关事实存在错误认识，或者虽然知道，但并不对此负有告知义务，那么其行为也就不可能是诈骗行为，不可能构成合同诈骗罪。

4. 相对人“自愿”与行为人订立合同，并最终交付财物及财产性利益

合同诈骗罪以非法占有为目的，被害人交付财物以及财产性利益是本罪达到既遂的一个重要条件。被害人的错误认识与其交付财物和财产性利益的行为之间也具有因果关系。被害人“自愿”交付财物及财产性利益，是由主观的行为意志和客观的行为事实构成的。从主观上看，由于行为人的欺诈行为，被害人陷入错误认识后，产生了向行为人交付财物及财产性利益的意愿，这种意愿是建立在被害人认定的事实基础之上，是自愿的，不与其内心真实意志相违背的；同时，从客观上看，被害人实施的是一种“交付”行为，即将财物及财产性利益交付给行为人并转移其所有权，或者其中的某一项权能。实践中存在被害人由于行为人的欺诈行为，而将财物拿出，甚至交给行为人，但并没有交付即转移所有权的意图，行为人趁机攫取财物的案例，这种情况下，行为人的行为不能构成诈骗犯罪，而是根据案件具体情况分别构成抢夺罪、抢劫罪或者盗窃罪等其他犯罪。③

5. 诈骗数额较大

合同诈骗罪中，“数额”较大、巨大以及特别巨大的标准，在 1997 年刑法中没有明确的规定。在司法实践方面，最高人民法院先后两次作出了相关司法解释。根据 1985 年 7 月 18 日“两高”《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》（以下简称《解答》）规定，个人诈骗在 500 元以上的，一般定为数额较大；在 5 万元以上的，一般定为数额巨大；在 10 万元以上的，一般定为数额特别巨大。对于单位合同诈骗，《解答》规定：“骗取财物数额较大给对方造成严重经济损失的，应按诈骗罪追究其主管人员和直接责任人员的刑事责任。”1996 年 12 月 16 日最高人民法院发布了《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》（以下简称《解释》），在该

① 参见曾素梅：《合同诈骗罪探讨》，载《齐齐哈尔大学学报》2006 年第 6 期。

② 陈兴良、高贞主编：《当前经济领域违法违纪界限与认定实务全书》，中国人事出版社 1995 年版，第 748 页。

③ 如 2000 年司法考试卷二第 11 题，陈某以挑选金项链为由，趁售货员不注意，用自己的镀金项链调换了金店价值 1 600 元的纯金项链。陈某的行为构成盗窃罪而非诈骗罪。

《解释》中规定,个人诈骗公私财物2千元以上的,属于"数额较大";个人诈骗公私财物3万元以上的,属于"数额巨大";个人诈骗公私财物20万元以上的,属于诈骗"数额特别巨大"。对于单位诈骗的,数额在5万元至10万元以上的,应当追究刑事责任,数额在20万元至30万元以上的,作为诈骗罪的重罪处罚,并规定各省、自治区、直辖市可参照该《解释》的标准结合本地区的经济发展水平确定各地具体的数额较大、巨大、特别巨大标准,报最高人民法院备案。

从《解答》和《解释》的不同规定中我们可以看出,《解释》所规定的数额标准要明显高于《解答》,这表明立法者在规定诈骗犯罪数额标准时,考虑了经济发展和人民群众的平均生活水平的提高等因素。在没有相关司法解释明确有关合同诈骗罪数额标准的情况下,笔者认为上述因素可以作为确定合同诈骗罪犯罪数额的依据。同时,由于合同诈骗罪发生在经济活动领域内,侵犯财产所有权和经济秩序双重客体,对犯罪数额标准的确定,应符合经济活动的实际,并兼顾其破坏经济秩序的状况。笔者认为,合同诈骗罪的数额标准应当较之普通诈骗罪的要高,因为从司法实践看,合同诈骗罪的数额一般都很大,往往高出普通诈骗罪数额的几倍、几十倍、几百倍甚至上千倍。而对合同诈骗罪执行较高的数额标准,既符合客观实际情况,不会扩大打击面,也不会轻纵犯罪分子。

(二)合同诈骗罪客观行为方式

根据1997年《刑法》第224条的规定,合同诈骗罪的客观行为方式可以归纳为以下五类:

1. 虚构合同主体

即以虚构的单位或冒用他人的名义订立合同的行为,这也是在合同诈骗罪中犯罪分子最常用的手段。在司法实践中具体可以表现为:捏造根本不存在的主体与他人订立合同以及利用已经被撤销的单位的名义与他人订立合同的行为;冒用其他单位或者个人的名义与他人订立合同,如行为人盗用合法单位的空白介绍信、合同专用章后冒用该单位名义与他人订立合同;也有的行为人没有得到其他单位授权或许可,擅自冒用其他单位名义与他人订立合同进行诈骗的。

2. 虚设担保

即以伪造、变造、作废的票据或其他虚假的产权证明作担保的行为。合同的担保是促使债务人履行债务,保障债权人的债权得以顺利实现的一种措施。在我国《担保法》规定的保证、质押、抵押、留置、定金五种担保方式中,用票据或其他产权证明进行权利质押,是一种相对比较便捷、安全的担保方式,为不少合同当事人所用,但也正是因为这种担保的非实物性而使虚假担保成为可能。这里所称的票据,根据我国《票据法》的规定,是指汇票、本票、支票等金融票据;其他产权证明,是指除票据以外的其他能够证明某项财产权属真实有效证明文件,如土地使用证、房屋所有权证、银行存单、

债券等。所谓伪造的票据是指仿造真实票据的形状、图案、格式、颜色、大小等方法，非法制造的票据；变造的票据，是指在真实票据的基础上，采取剪裁、拼接、挖补、覆盖、涂改等方法，对其内容非法加以改变而成的票据；作废的票据，是指根据法律和有关规定不能使用的票据，包括过期的票据、无效的票据和被依法宣布作废的票据等。所谓其他虚假的产权证明，指除伪造、变造、作废的票据之外的，其他通过伪造、变造等非法途径获取的证明行为人对某项实际上并不享有权利的财产享有权利的证明文件。

3. 没有实际履行能力，通过先履行小额合同或部分履行合同的方式，诱骗对方当事人继续订立和履行合同的行为

这种行为是在司法实践中被称为"放长线钓大鱼"的骗术。这种方法包括两种形式：一种是行为人在没有实际履行能力的情况下，先与被害人订立数额较小的合同并主动、积极履行，骗取被害人的信任后乘机与其订立较大数额的合同，从而骗取财物或财产性利益；另一种是行为人在没有实际履行能力的情况下与他人订立合同后积极主动履行部分合同义务，获得被害人信任，然后骗取对方当事人财物或财产性利益。在这里，对行为人履行能力的确定是认定其行为是否可能构成合同诈骗罪的关键。而认定行为人的实际履行能力应当以其订立合同时资金能力、货源情况、资产状况以及合理的发展前景预测等实际条件进行综合考量。

4. 收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或担保财产后逃匿的行为

表现为行为人通过订立合同，取得对方当事人的货物、货款、预付款或者担保财产后，不履行或不完全履行合同规定的义务，携款或携物一逃了之，或取得对方当事人货物后即低价倾销，将赃款占为己有而逃匿。

5. 其他方法

随着社会的发展，合同诈骗犯罪行为方式会演绎成更多的形式，为了避免疏漏，立法上采用了这一"兜底性"规定。这种做法本意在于防止"挂一漏万"，但它同时也在理论探讨和司法实践中带来了争议和困惑，根据《解释》的规定和司法实践中的情况，笔者认为，所谓其他方法主要有以下几种：

（1）伪造、篡改合同，骗取对方当事人及其代理人或者权利义务继承人财物的；

（2）虚构货源或其他合同标的，签订空头合同的。包括利用虚假广告和信息，诱使被害人签订合同，骗取中介费、立项费、培训费等费用的行为；

（3）利用合同制裁条款骗取定金、违约金的行为，行为人利用被害人法律知识的贫乏，故意设立陷阱，订立条款不完备或履行条件极为苛刻的合同，制造对方违约的情况，骗取违约金或定金，设置陷阱诈骗；

（4）挥霍对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，致使上述款物无法返还的；

（5）隐匿合同货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，拒不

返还的。

笔者认为,只要符合“利用合同诈骗”这一客观本质特征,任何方法都可以成为合同诈骗罪的客观行为方式,当然,能否最终被认定为合同诈骗罪,还要根据案件相关主客观方面的情况进行综合评价。

(三)本案是否符合合同诈骗罪的客观方面

本案中,公诉机关的哈刑检诉(2003)496号起诉书以及一审法院的(2004)哈刑初字第47号判决书都认为,被告人左安一的行为符合《解释》第2条第3款第(一)项第5目(即明知没有履行合同的能力或者有效的担保,隐瞒真相,使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的)和第(四)项(即使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行违法犯罪活动,致使上述款物无法返还的)规定的情形,从而认定其行为构成合同诈骗罪。两份司法文书认为左安一的以下两个行为符合上述规定:一是左安一将哈天圆公司在“长青大厦”项目中的“权益”列为保证条款;二是左安一将从香坊营业部取得的巨额资金用于在境内外非法从事炒卖外汇等高风险活动,造成无法返还香坊营业部的借款。

在全面阅读案件的证据和相关材料,深入了解案件情况之后,笔者认为,上述认定与实际情况不符,属于对事实的错误认定,从客观行为方式来看,左安一的行为并不构成合同诈骗罪。理由在于:

1. 将哈天圆公司尚未取得的在“长青大厦”项目中的“权益”列为保证条款是在得到香坊营业部同意的情况下设置的,不存在欺骗性

左安一将哈天圆公司尚未取得的在“长青大厦”项目中的“权益”列为保证条款的事实的确存在,而其以尚未取得的项目的权益作担保也确实有不规范之处,但是我们不能机械地将行为人的行为和法律规定的行为方式相对照。在合同诈骗罪中,行为人虚设担保是为了骗取对方当事人的信任,使其因此签订、履行合同进而交付财物。而从本案案件事实来看,作为香坊营业部经理的陈君对于左安一以尚未取得的项目的权益作担保这一情况是明知的,可见左安一的担保行为并不存在合同诈骗罪犯罪行为所必须具有的欺诈性。既然连欺骗性都不存在,也就不可能具备诈骗罪所要求的虚构事实、隐瞒真相的客观特征,不可能构成诈骗犯罪。

2. 将借款转移至境外并从事炒卖外汇活动是基于双方合作的需要而实施的,并非擅自和非法,更谈不上欺骗

左安一在其没能取得长青大厦项目及暂时无法将已经取得的元泰等项目继续进行下去的情况下,为了缓解巨额利息带来的压力,将从香坊营业部筹集来的资金中较大部分用于在境内外炒卖外汇等高风险投资活动,是天圆公司与香坊营业部合作北京元泰项目的客观需要并基于双方约定而实施的,并非擅自,也难说非法,更谈不上欺骗。

（1）长青项目终止合作后不将资金返还香坊营业部，是基于合作双方约定而实施的，并非擅自，也没有欺骗

从有关案件事实可以看到，天圆公司与香坊营业部在合作长青项目之前的1996年5月9日就合作收购了北京的元泰国际大厦项目。元泰项目与长青项目的启动资金都是在1.5亿元以上。因此在双方的合作合同中，香坊营业部承诺保证元泰项目开发建设中所需缺口资金及时到位（见1996年5月9日天圆与香坊营业部的合作协议）。在元泰项目已完成52%股份收购后，为了取得更佳的经济效益，香坊营业部同意与天圆公司继续合作长青大厦项目。这样，总共拆借给天圆公司2亿元，交叉启动元泰及长青项目。因此，在长青项目因不可抗力因素终止合作后，天圆公司将资金用于元泰项目。在这样的情况下将资金用于元泰项目，显然不是左安一擅自实施，而是基于双方的合作约定实施的，不存在擅自和欺骗的问题。然而，起诉书及判决书对元泰项目与涉案合作借款资金之间的关系避而不提，对双方存在的合作事实也不予考虑，在事实认定上明显存在错误和缺漏。

（2）将合作资金汇至境外纽约天圆公司是双方合作开发元泰项目的必然要求，也不存在擅自和欺骗的问题

按当时的政策要求，收购元泰项目及长青项目中的外方股东都是纽约天圆公司，这就必然要以纽约天圆公司的名义进行项目验资及投入股本金。否则收购就无法完成。也就是说，无论长青项目是否取得成功，天圆公司都要完成与香坊营业部此前合作收购的元泰项目的验资及投入，也就必然要将从香坊营业部拆借的资金汇往国外，这种按照双方合作内容必然要实施的行为，显然不能说是擅自非法转移，也不存在欺骗。事实上，天圆公司将资金汇至纽约天圆公司后，纽约天圆公司于1997年1月10日先将汇至美国的1 200万美元中的624万美元汇回北京元泰公司，恰好对应了当时已完成收购的外方52%股份的验资款。而剩余的576万美元正是准备用于收购北京建材集团48%股份的验资款。天圆公司于1997年11月28日完成了北京元泰项目100%股权的收购。这已经充分说明了往境外汇款的目的和用途是要进行北京元泰项目的验资及投入。

（3）进行外汇买卖业务是基于减轻还息压力的良好动机而实施的，并不违法

天圆公司在长青项目上遇到不可抗力被迫终止，在同北京建材集团进行的剩余48%的股份收购洽谈中又遇到了特殊的困难，在艰难的项目洽谈推进中，天圆公司已付给香坊营业部1 500万元巨额利息。在这样的情况下，为了在推进项目的过程中减轻巨额利息产生的压力及尽可能降低成本，天圆公司不得不寻找投资途径，并选择了短期随时能抽回资金的外汇买卖业务。虽然外汇业务造成了损失，但天圆公司并未因外汇业务的亏损而失去偿还借款的能力。而且，外汇买卖业务是通过北京国际信托投资公司及美国投资银行进行的，没有违法。而根据《解释》第2条第3款第（四）项的规

定,不仅要求行为人使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行违法犯罪活动,而且同时还要求造成了上述款物无法返还的后果,才可能成为合同诈骗行为。显然,天圆公司将拆解的资金用于外汇买卖活动根本不属于诈骗行为。本案一审法院以天圆公司将拆借来的资金用于外汇买卖为理由,认定左安一犯有诈骗罪,显然不是从诈骗罪的构成要件出发来分析行为性质,明显属于胡乱下判,错误十分明显。

许多错案的发生,原因并不是法律适用错误,而是事实认定错误。左安一案件的一审法院之所以两次错误地认定左安一犯诈骗罪,原因就在于对案件事实认定错误。有关办案机关先是根据几份连蒙带骗而产生的证人证言,指控左安一犯诈骗罪,在这些证人证言被新发现的书证证明是虚假的,以致指控无法成立之后,又根据一份内容与原始书证明显不符的证人证言,再次指控左安一犯诈骗罪,而一审法院居然对证明力更强的原始书证不予采信,偏偏采信一份内容自相矛盾,且与原始书证不符的证人证言,并据此认定左安一犯诈骗罪。根据这样的证据而形成的所谓“事实”岂有不错之理?而根据这样的“事实”来定案,所作出的判决结果又岂有不错之理?

由此产生的一个问题是,为什么本案公诉机关和一审法院不顾事实真相,甚至捏造虚假事实,强行要定左安一诈骗?这是本案当中一个令人难解的问题。在公安机关抓左安一之前,他的天圆公司与债权人香坊营业部连经济纠纷都不存在。在错案发生前,左安一已经用一个进入实质性启动阶段且预期赢利远远超过其所借香坊营业部资金的北京天圆广场房地产项目进行抵押,完全有能力归还借款,香坊营业部根本不用担心借出去的钱收不回来。恰恰是由于司法行政机关的错误介入,将左安一的北京天圆广场房地产项目强行以零价格转让给香坊营业部,而香坊营业部又没有能力运作这个项目,以致项目用地被北京市国土局收回,才导致香坊营业部没有收回其拆借出去的资金。可见,左安一案件并不是一个合同诈骗犯罪与借款不能归还的经济纠纷的区分问题,而是一单连纠纷都不存在的普通借款被强行定为诈骗的彻头彻尾的错案,甚至可以说是冤案。所幸的是,在富有正义感的各界人士的共同努力下,这起错案被黑龙江省高级人民法院纠正,最终还了左安一一个清白。

六、合同诈骗罪“非法占有目的”相关问题研究

在司法实务中,像左安一案件这样连经济纠纷都不存在,当事人却被当作诈骗犯来追究的完全的错案应当说还是罕见的,更多的情况是在借款不能偿还,因而发生经济纠纷后,因对合同诈骗与合同纠纷的界限把握不准,或者对事实审查不清,以致定性发生错误。司法实务中,经常采取的做法是,只要合同一方当事人到期不能返还欠款,在签订、履行借款合同的过程中又存在欺诈行为,甚至连欺诈行为都不存在,就认定为诈骗犯罪。这种单纯以结果反推行为性质的办案思路显然是不妥的,一些缺乏法律专

业知识的领导干部尤其容易陷入这种错误的思路之中,并基于这种错误思路干预司法,导致司法机关将经济合同纠纷错误地认定为诈骗犯罪,酿成错案。

从理论上看,区分合同诈骗罪与借款后不能归还而引发的经济纠纷,主要是考察行为人在主观上是否具有非法占有他人财物的目的,客观上在签订、履行合同的过程中是否实施了各种虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为,以及他人财物是否由于受到行为人的欺骗而交出。由于犯罪目的这种内在的心理活动需要通过外部行为才能探明,因此,判断行为人是否构成诈骗罪,只能看他是否是通过实施欺骗行为而取得财物。比如,看行为人是否是以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同,是否以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保,是否明知自己没有实际履行能力,仍然以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诱骗对方当事人继续签订和履行合同,是否在收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿。如果查明行为人存在上述行为,又借款不能归还,通常就可以推定属于诈骗。如果没有证据能够证明行为人在签订合同时或者在通过其他方式借款时存在欺骗行为,即便事后借款不能归还,也不构成诈骗。值得注意的是,尽管只要能查明行为人存在刑法第224条规定的四种欺诈情形之一,通常就可以认定行为人具有"非法占有目的",但是关于合同诈骗罪的"非法占有目的"的认定,仍有一些争议问题值得探讨。

(一)合同诈骗罪之"非法占有目的"产生的时间

在经济生活领域,有关合同的订立、履行各个环节的实际情况纷繁复杂,而司法实践中涉及合同诈骗犯罪行为的情况也多种多样,关于本罪中"非法占有目的"产生的时间对于本罪认定的意义,学界存在不同的观点。有的学者认为,"非法占有目的及其产生的时间是确定合同具有诈骗性还是合法的标准。"①而有的学者则认为,非法占有目的的产生时间对合同诈骗罪的成立没有影响,即以合同签订为参照点确定的非法占有目的的产生时间对合同诈骗罪的成立不具有决定意义,合同诈骗罪的非法占有目的既可以产生在合同签订过程中,也可以产生在合同履行过程中。② 笔者认为,非法占有目的产生的时间对于合同诈骗罪的认定具有重要的意义。因为所谓非法占有目的的产生,也就是以非法占有为内容的犯意的形成,"产生"的时间也就是合同诈骗罪的犯意最终形成与出现的时间。易言之,本罪的"非法占有目的"的产生时间就是行为人意图以合同诈骗的行为方式获取他人财物及其他财产性利益的犯意形成之时。可见,非法占有目的的产生时间与对方交付财物的时间具有非常密切的关系,将对方当事人交付财物的时间作为参照点有助于分析非法占有目的产生的时间。

① 张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第389页。
② 张明楷:《论财产罪的非法占有目的》,载《法商研究》2005年第5期,第69页。

1. “非法占有目的”可以产生于合同签订之前

一般情况下,行为人在签订合同之前或签订合同时就形成了合同诈骗的非法占有目的,经过预谋、策划以后,采用虚构事实或隐瞒真相等方法,诱使对方签订、履行合同,从而达到骗取其财物或财产性利益的目的。对于这一目的的认定,可以从行为人是否虚构合同主体、是否使用虚假的担保以及有无履约能力等作综合判断。如果行为人在虚构合同主体、使用虚假的担保或者根本就没有履约能力的情况下,与他人签订合同,以履行合同名义让对方当事人单方履行合同义务并取得对方财物后,始终没有任何履约行为,也没有为合同的履行作任何努力,基本就可以认定行为人从开始就具有非法占有目的。这也是合同诈骗罪“非法占有目的”通常形成的时间阶段,即所谓的“事前故意”。

2. “非法占有目的”可以产生于合同签订之后至财物交付时

在合同诈骗罪中,有些情况下行为人在合同签订之前并没有非法占有目的,而是在合同签订之后至合同履行过程中对方交付财物这段时间产生上述目的,即所谓的“事中故意”。有学者认为“非法占有目的只能产生于合同签订阶段,不能产生于合同履行阶段”。① 笔者认为,1997 年《刑法》第 224 条明确规定,合同诈骗罪是“以非法占有为目的,在签订、履行合同过程中以虚构事实或隐瞒真相的方法……”由此可见,合同诈骗罪的非法占有目的也可以产生于合同订立后、履行完毕前的一些阶段。具体而言,可以包括以下两种情况:

其一,合同订立后,对方当事人尚未履行前。即行为人在合同订立之前,并没有非法占有的目的,而是在双方达成合意,签订合同之后,对方当事人并未履行合同义务之时产生了非法占有的目的,并在这一主观目的的支配下,采用虚构事实、隐瞒真相等欺诈手段,骗取对方当事人履行合同义务,交付财物或财产性利益。在这种情况下,行为人订立合同时是本着平等互利、协商一致、等价有偿的心态的,合同内容也是其真实的意思表示,其目的在于通过签订合同的方式确定双方的权利义务关系,并通过合同的履行获得合同上的利益。但在合同订立后,行为人因为主客观因素的变化,产生了非法占有目的,并在此支配下实施了诈骗行为。这种情形中,行为人的非法占有目的产生于对方当事人交付财物之前,行为人主观心态的变化,被害人并不了解,而是认为行为人仍会全面履行合同义务,是在受到行为欺骗后而交付的财物。符合合同诈骗罪的客观逻辑结构,即行为人实施诈骗行为——被害人陷入错误认识——被害人基于错误认识交付财物。

其二,合同订立后,对方当事人部分履行合同后。即行为人在合同订立之前以及

① 曾细斌:《论合同诈骗罪之“非法占有目的”的产生时间》,载《湖南公安高等专科学校学报》2006 年第 1 期。

合同订立后的一段时间内,并没有非法占有的目的,并且积极促成合同义务的合法履行。但在对方当事人部分履行合同义务之后,行为人主观心态发生了变化,产生了非法占有目的,并采取一定的诈骗行为,诱使被害人继续履行合同义务,交付财物。在这种情况下,行为人订立合同时是希望通过诚实合作获得合同利益的,合同订立之初也是具有积极履行合同义务的真实意思的,但由于主客观各种因素的作用而产生了非法占有目的,并在此支配下实施了诈骗行为。这种情形中,对于行为人非法占有目的形成之后被害人交付的财物或财产性利益就应当认定为合同诈骗所得,因为这一系列客观形态也符合合同诈骗罪的客观逻辑结构。

3. "非法占有目的"不能产生于对方交付财物后

确切地说,这里的"对方交付财物"是指对方当事人交付合同项下其应当向行为人交付的全部财物及财产性利益。在上述情况下行为人产生的非法占有目的被称为"事后故意"。有的学者认为,"行为人在合法占有他人财物时并没有诈骗故意,也没有采取欺骗手段,但后来其主观意志发生了变化,意图非法所有他人财物,并采用欺骗手段不归还原来占有的财物。在表现形式上,这种形式的诈骗故意不同于前述两种情况,但其行为性质并无区别,均采用了欺骗的手段非法占有了他人数额较大的财物,所以同样构成诈骗罪。"①有的学者则以贷款诈骗罪为视角指出,非法占有目的是伴随着行为人诈骗行为着手甚至从预备开始到骗取财物都需要行为人具有非法占有的目的,如果行为人是获得财物后才产生非法占有的目的,因不可能再有诈骗行为与之相对应,这种事后故意并不能成为诈骗犯罪故意。② 笔者赞同后一种观点,理由在于:

首先,作为刑事责任主观基础的非法占有目的,只能产生于行为人实施诈骗犯罪行为之前,而不可能产生于该行为之后。从行为人实施犯罪的客观过程来看,犯意产生于前,之后才有行为人在犯意支配下的具体犯罪行为。刑法之所以将某一行为评价为犯罪行为,是因为该行为在客观上具有相当的社会危害性,同时它也是行为人主观恶性的体现,亦即刑法对犯罪行为的认定是遵循主客观相统一的原则的。人们行为受思想支配并不是任意的,一定的认识和意志只能支配在其以后发生的行为,而不可能影响在其产生前已经存在的行为的性质。③ 对于行为人在合同履行过程中合法取得对方当事人财物及财产性利益之后产生非法占有目的的,不能认定其之前的取得行为是合同诈骗犯罪行为。因为既然行为人在这一取得行为之前并没有非法占有目的,也就不可能实施了属于合同诈骗行为方式的虚构事实、隐瞒真相的欺诈行为。行为人客观

---

① 赵秉志主编:《海峡两岸刑法各论比较研究(下卷)》,中国人民公安大学出版社 2001 年版,第 128—129 页。

② 赵秉志:《论金融诈骗罪的概念和构成特征》,载《国家检察官学院学报》2001 年第 1 期。

③ 曾细斌:《论合同诈骗罪之"非法占有目的"的产生时间》,载《湖南公安高等专科学校学报》2006 年第 1 期。

上没有实施合同诈骗犯罪行为,也就不能认定其行为构成合同诈骗罪。正如有的学者在论及金融诈骗犯罪的主观要件时所言,如果行为人在行为的当时没有非法占有目的,而是在事后产生此目的,则不能认定行为人具有金融诈骗罪的犯罪目的;符合其他罪构成的,可以其他罪论处。①

其次,认为事后产生的非法占有目的可以改变之前取得行为性质的观点是违背因果逻辑关系的。犯罪故意与犯罪行为之间存在着一定的因果关系,从这个意义上来说,犯罪故意在先,犯罪行为在后,也就是说,在合同诈骗罪中,非法占有目的产生在先,虚构事实、隐瞒真相进而骗取对方财物的犯罪行为实施在后。如果肯定非法占有目的可以产生在行为人合法取得对方财物之后,无疑是对因果顺序的颠倒,导致出现"结果发生在原因之前"的错误逻辑,不符合因果关系的理论和事物发展的客观规律,与我国的刑法理论相违背,也会在司法实践中造成随意出罪入罪的恶性循环。例如,行为人本欲盗窃他人手提包里的财物,盗来包打开发现里面有一支手枪,于是产生占有该枪的意图,将其收藏。这时就不能以事后产生非法占有枪支的目的认定行为人犯有盗窃枪支罪,而是对其盗窃行为以盗窃罪论处,对其私藏枪支的行为以私藏枪支罪论处。

再次,事后产生非法占有目的而占有他人财物及财产性利益的行为实质上是一种侵害债权的行为。对于这种情况,英国《1978 年窃盗法》第 2 条规定"永久拖延付款的故意或诱使单纯放弃付款要求"的就构成骗逃责任罪;加拿大刑事法典第 392 条规定为欺诈债权人处分财产罪;美国模范刑法典第 224.10 条规定为侵害担保权罪,也是侵害债权罪;我国香港刑法中的《盗窃罪条例》第 18B 条规定的以欺骗手段逃避债务罪,第 18C 条规定的不付款而去罪和英国刑法规定的两个罪相同。1997 年《刑法》中并没有类似罪名的规定,有的学者认为这种行为可能构成侵占罪②,即行为人依据合同"代为保管"他人财物,而事后产生非法占有目的拒不交出的,可以成立侵占罪。而对于其他情况则根据罪刑法定原则就不能对这种行为定罪处刑,只能作为合同经济纠纷来处理。

由此可见,非法占有目的可以是事前故意或者事中故意,而不可能是事后故意。特别需要注意的是,在事中故意中,对于行为人产生非法占有目的之前取得对方财物的行为不能认定为合同诈骗犯罪行为,而只可能对非法占有目的产生之后的行为认定为本罪。可见,所谓事中故意其性质和事前故意是相同的,都是产生在犯罪行为之前,只是两者处于合同订立、履行的不同阶段。

---

① 赵秉志、许成磊:《金融诈骗罪司法认定中若干疑难问题研讨》,载最高人民检察院起诉厅主编:《刑事司法指南》,法律出版社 2000 年版。

② 赵秉志:《论金融诈骗罪的概念和构成特征》,载《国家检察官学院学报》2001 年第 1 期。

(二) 合同诈骗罪之“非法占有目的”与犯罪故意

合同诈骗罪的主观罪过形式是故意,这在刑法学界已经达成共识。但是对于本罪的故意是仅仅包括直接故意,还是既有直接故意又有间接故意,在理论界和实务界都有很大的争议,主要有肯定说和否定说两种观点。直接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理态度;间接故意是指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果,并且放任这种结果发生的心理态度。

1. 肯定说

认为本罪的主观罪过形式可以是直接故意,也可以是间接故意。其理由主要有以下几点:

第一,间接故意是合同诈骗罪产生的一种新的罪过形式。行为人在签订合同时对自己履行合同的能力尚无把握,把履行合同寄托在未来时运上,而通过欺骗手段与对方签订合同。合同签订后,先把对方的定金、预付款据为己有作为自己的经营资本,然后对履行合同抱着漠不关心、听之任之的态度,有办法履行就履行,没办法就不履行。如果实际上没有履行合同,而是把已到手的财物非法占有,这种行为人的主观心理态度应属于间接故意。①

第二,将间接故意作为合同诈骗的罪过形式有利于打击合同诈骗行为。有学者认为,间接故意在合同诈骗罪中表现为行为人在履行合同时持放任的态度,能履行就履行,不能履行也不违背其本意。如果将这种间接故意不定为合同诈骗罪的主观故意,这势必导致法律对这类行为的放纵。② 在经济往来过程中,行为人利用欺骗手段签订合同、“借鸡生蛋”的案件越来越多,承认间接故意可以是合同诈骗犯罪的主观心态,无疑对这些行为有巨大的震慑作用,因而是十分必要的。

第三,将间接故意作为合同诈骗的故意是各国家和地区刑法理论和实践的发展趋势。如我国台湾著名学者林山田认为,对诈欺罪的构成要件中只要求有诈欺的故意,此等故意不以直接故意为限,即使系出于未必故意,亦足以成立本罪。③ 在加拿大的刑法理论中虽然没有“直接故意”与“间接故意”之分,而只存在故意、轻率、刑事过失和过失四层次罪过心态,但是经济诈欺犯罪中的“轻率”作为一种心理状态,它既包括了过于自信过失的心态,又包括我国间接故意的心态,根本特征在于行为人轻率地以为这种可能性不转化为现实性,在意志上表现为对于结果回避义务的违反。④

第四,认可合同诈骗罪的间接故意心态是对诈骗罪主观要件的不同评判标准而得出的不同结论。即如果规定以占有财物或获利为特定结果,那么行为人主观上都是在

---

① 参见夏朝晖:《试论合同诈骗罪》,载《法商研究》1997 年第 4 期。

② 参见莫洪宪、曹坚:《论合同诈骗罪的几个问题》,载《中国刑事法杂志》第 47 期,第 36—40 页。

③ 参见林山田:《刑法各罪论》,(台湾)台大法学院图书部 2002 年版,第 416 页。

④ 参见王文华:《加拿大与中国经济诈欺犯罪比较》,中国检察出版社 2003 年版,第 88—89 页。

追求这种结果发生,因而都有犯罪目的,都是直接故意犯罪;如果规定以被害人财产损失为特定结果,那么在行为人主观罪过上,既有直接故意的可能,也有间接故意的可能。从犯罪主观方面看,行为人对他人财物被占有的特定结果是直接故意;对由此而造成他人其他方面重大经济损失的特定结果,主观上则可能是间接故意。[①]

第五,还有的学者认为,在间接故意犯罪中存在犯罪目的。持这种观点的学者指出:间接故意既然也称为可能故意,那么行为人对危害结果发生的认识和心理态度也就有两种可能性,一种是可能产生,一种是可能不产生。或者说既有目的又没有目的,既希望又不希望,两种因素交织在一起。由此得出结论,间接故意具有了不确定的目的,认为间接故意对犯罪结果的不确定态度就表明了行为目的的不确定。间接故意对犯罪结果是有意识的,但意识浅而不深、朦胧而不确定。对于某种结果是否可能发生持无所谓的态度,结果发生与否都不反对,放任自流。因此,间接故意不是像过失犯罪那样绝对地没有目的,而是相对地较之直接故意而言没有确定的目的而已。[②]

2. *否定说*

认为合同诈骗罪的非法占有目的只能由直接故意构成,不包括间接故意。

因为合同诈骗罪作为目的型犯罪,行为人主观上有非法占有的目的,客观上在该目的的支配下积极选择合同这一形式,使相对人陷入错误认识并交出财物从而达到非法占有这一目的。行为人犯罪的全过程均是围绕"非法占有"这一目的展开的,它表现为行为人有意识、有目的的积极的选择过程,对于诈骗的结果不可能是放任的。[③] 笔者赞同否定说的观点,主要理由如下:

第一,犯罪目的只存在于直接故意犯罪之中。所谓犯罪目的,是指犯罪人主观上通过实施犯罪行为达到某种危害结果的希望和追求。[④] 犯罪目的必然要具有明确的指向,要积极追求某一目标。而在间接故意的心态下,行为人对危害结果的发生是持放任的心理态度,而并非对该结果的积极追求。可见,间接故意的放任心理与犯罪目的的希望心理是相矛盾的,因此间接故意心态下不可能存在犯罪目的。承认间接故意可以是本罪的主观心态的观点是与本罪的非法占有目的相矛盾的。

第二,在间接故意犯罪中,存在行为的目的,但不存在犯罪目的。间接故意的意志因素中,行为人认识到危害结果可能发生也可能不发生,但并不能由此得出其主观上"既有目的又没有目的"的结论。间接故意犯罪从犯罪学上来说,是一种连带性的犯罪。所谓连带性犯罪,是指为了实现既定目的所实施的行为,由于造成了严重的危害

① 参见王宗光:《诈骗罪主观要件新探》,载《法学》1997 年第 2 期。
② 参见高铭暄主编:《新中国刑法学研究综述(1949—1985)》,河南人民出版社 1986 年版,第 262—263 页。
③ 参见梁华仁、张先中:《略论合同诈骗罪的几个问题》,载《政法论坛》1999 年第 1 期,第 72 页。
④ 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 2003 年版,第 385 页。

结果,而构成了与目的无关的犯罪。[①] 间接故意犯罪虽然作为一种故意行为,有其犯罪的或者非犯罪的目的,但这种犯罪的或者非犯罪的目的是主行为所具有,作为连带性犯罪的间接故意犯罪却不仅没有犯罪目的,甚至连非犯罪目的也没有。间接故意心态下,行为人认识到危害结果发生和不发生都有可能性,并且对结果发生与否持听之任之的放任态度。如果承认这种心态下,行为人主观上具有犯罪目的,那就意味着认为其内心持有两种相互矛盾的目的,而这和目的具有明确的指向性是相悖的。

第三,将间接故意视为合同诈骗罪的罪过形式违背罪刑法定原则和刑事立法原意。我国刑法明文规定了合同诈骗罪的"非法占有目的",合同诈骗罪的这一目的性就决定了行为人主观上必然是对非法占有对方财物这一结果积极追求的,这与间接故意听之任之的意志情况是相违背的。因此,根据刑法学关于犯罪故意的理论,行为人主观上只能是直接故意而不能是间接故意。如果认为间接故意可以是本罪的主观心态,实际上也是违反罪刑法定的刑法基本原则的。也正是由于我国刑法明确规定了本罪的非法占有目的,那种认为如果规定以被害人财产损失为行为人故意内容,本罪主观方面就可以是间接故意的观点也就不能成立。

持肯定说观点的学者认为,将间接故意作为合同诈骗罪的罪过形式是其他国家和地区刑法理论的发展趋势,但我们应当看到,加拿大与我国台湾地区"刑法"中规定的都是"诈欺犯罪"而不是我国刑法规定的"诈骗罪",二者之间是有明显区别的,而不能简单等同。同时,在很多国家和地区的刑法中,犯罪的范围是十分广泛的,涉及各个领域、各个行业以及社会生活的各个方面,甚至包括危害性相当轻微的行为。这也是与我国刑法只惩罚比较严重的违法行为所不同的。

第四,肯定说没有正确认识间接故意的实质。在认定行为人对非法占有的结果是持希望或者放任的心态时,应当进行综合分析。笔者认为,对于持肯定说观点的学者假设的行为人不具有履约能力,也没有积极履约行为,而将合同的履行寄托在不可靠的时运上的情形,并不能认定行为人主观上是间接故意。根据刑法学理论,间接故意心态下,行为人对危害结果的发生具有可能性的认识,即行为人认识到危害结果可能发生,也可能不发生。而这两种可能的几率应当是相等或相近的。在上述持肯定说观点学者描述的情形下,行为人在签订合同时既没有履行合同的能力,也没有积极促成合同履行的意愿,其对危害结果不发生的可能性的认识完全源自所谓的"时运",那么这种可能性可以说是微乎其微,近乎于不存在的。在直接故意的认识因素中,有一种情形是行为人认识到自己的行为必然发生危害社会的结果。这种"必然"当然不是绝对的必然,而是行为人根据主客观各方面原因判断出危害结果发生的几率远远大于不发生的几率,亦即不发生的可能性非常小。因此,在上述情况下,从客观条件和行为方

---

① 参见张智辉:《犯罪学》,四川人民出版社 1988 年版,第 158 页。

式中所反映出的行为人的认识因素是其“明知自己的行为必然发生危害社会的结果”,而不是“明知自己的行为可能发生危害社会的结果”,所以行为人的主观心态并不能认定为是间接故意。

第五,肯定说违背刑法的谦抑性。有学者认为将间接故意作为合同诈骗的罪过形式有利于打击合同诈骗犯罪行为。笔者认为,某一行为是否应该被认定为犯罪行为进而受到刑罚处罚,应当是对行为人的人身危险性和其行为的社会危害性进行综合考量后得出的结论。本文已经分析,对于在那些毫无根据或者根据比较渺茫的情况下,认为危害结果“可能不发生”的心态并不能认定为间接故意,而完全符合直接故意的特征。而对于行为人有相当合理的依据,例如行为人在签订合同时并不完全具备履行合同的资金能力,但根据对其他合同合理预期和对市场情况的科学预测,认为在合同约定履行期限前能具备完全的履行能力,最终由于其他合同相对人的违约行为或者市场的突然变动等行为人意志以外的原因而没能实际履行合同的,这种情况可以认定为间接故意心态。而在这种心态下,行为人的人身危险性显然要比直接故意心态下的人身危险性小得多。如果把这种行为也列入合同诈骗的范围,无疑会过分扩大刑法的打击范围,违背刑法谦抑性原理。

(三)本案究竟是诈骗还是钱款尚未归还的普通民事借贷

本案中,一审法院在作第一次一审判决时,还是想严格按照法律规定的诈骗罪的成立条件来认定左安一的涉案行为的性质的,因此,在第一次一审判决书中,一审法院列举了四个方面的所谓“事实”,试图说明左安一是采用欺骗方法取得香坊营业部9 800 万元人民币。这四项所谓的“事实”是:(1) 左安一向陈君谎称了他已经实际取得了“长青大厦”项目并正筹建“天圆长青世纪中心”项目;(2) 左安一向陈君虚构了其任法定代表人的哈尔滨天圆金融信息咨询服务有限责任公司正在运作“长青大厦”项目的事实;(3) 左安一向陈君谎称“天圆长青世纪中心”项目效益极佳;(4) 左安一在与香坊营业部签订的《合作协议》中将哈尔滨天圆金融信息咨询服务有限责任公司在“长青大厦”项目中的“权益”列为保证条款。如果这些所谓的“事实”是真实的,或者能够说明左安一是以欺骗的方式取得了借款,则其判决结论能够成立。问题在于,综合本案的证据材料来看,一审判决书认定的上述事实或者根本上是错误的,或者根本就不属于对陈君及香坊营业部的欺骗行为,因而根据这些所谓的事实,根本无法得出左安一骗取了香坊营业部9 800 万元款项的结论。

具体而言:

1. 左安一并未向陈君谎称其已经实际取得了“长青大厦”项目并正筹建“天圆长青世纪中心”项目

一审判决书认定:“被告人左安一在美国天圆金融贸易公司并未实际取得‘长青大厦’项目的情况下,又以另一家哈尔滨天圆金融信息咨询服务有限责任公司法定代表

人的身份,谎称该公司正在筹建'天圆长青世纪中心'项目且效益极佳,尚需大量资金,骗取哈尔滨财政证券公司香坊营业部经理陈君的信任。"

如果事实果真如一审判决书如此认定的话,那么当然可以认定左安一对陈君就其是否已经实际取得长青大厦项目的问题实行了欺骗行为。但通过对本案相关证据材料的分析可以认定:左安一在与香坊营业部签订"借款"的《合作协议》时,并未向香坊营业部经理陈君表明自己的美国天圆公司或者哈天圆公司已经实际取得了长青大厦项目,并向陈君谎称他的公司"正在筹建'天圆长青世纪中心'项目",即陈君是知道左安一的公司还没有实际取得长青大厦项目且也没有开始筹建长青大厦的。不仅左安一本人没有承认自己曾告诉陈君或其他人已实际取得了长青大厦项目而且正在筹建长青大厦,而且陈君本人以及其他人的证词、哈天圆公司与香坊营业部签订的《合作协议》的相关内容及其附件也能够证实,左安一并未向陈君表明自己的公司已经实际取得了长青大厦项目且正在筹建长青大厦。因此,一审判决在事实认定上存在明显错误,这是导致其判决结论错误的直接原因。

值得反思的是,为什么左安一的辩解、陈君的证言、其他证人的证言以及香坊营业部与哈天圆公司就长青大厦项目签订的三份《合作协议》及其附件都证明,左安一并未对陈君谎称其公司已经取得长青大厦项目,也没有对陈君谎称正在筹建'天圆长青世纪中心'项目,一审法院却置之不理,反而采信一份新取得的、内容前后自相矛盾的陈君的证言,并根据这一孤证,认定左安一对陈君谎称其已实际取得长青大厦项目,并通过这种欺骗获得了借款?

有人也许会这样解释:我国目前尚未确立证据证明力的判定标准,法官有权根据自己的判断来决定采信哪些证据。这种观点显然不能成立。即便我国尚未确定证据证明力标准,也不能因此而否定公认的、常识性的证据采信规则。比如,原始书证的证明力显然要强于被告人或者证人的言辞证据;能够互相印证、形成完整锁链的证据的证明力显然要强于缺乏其他证据印证的孤证。本案中,在被告人辩解、多名证人证言以及《合作协议》等原始书证互相印证,均证明左安一并未对陈君谎称其公司已经取得长青大厦项目和正在筹建'天圆长青世纪中心'项目的情况下,一审法院却仅仅根据一份新取得的、内容前后自相矛盾的陈君的证言,认定左安一对陈君谎称其已实际取得长青大厦项目,并通过这种欺骗获得了借款,恐怕不仅仅是对证据采信标准把握不准的问题,还有一个法官在判案时是否居于公正立场秉公断案的问题。否则,连普通公民都知道哪方面的证据证明力更强,具有专业刑法知识的法官反而不知道,岂不是笑谈?当然,究竟是什么原因使得法官的断案水平连普通公民都不如,则更令人深思了。

2. 项目全部利用外资不等于只有外资企业才能参与项目开发,本案中的内资企业借款不存在欺骗的问题

本案第一次一审判决书认定:"被告人左安一在明知只有外资企业才被准许参与

合作开发建设'长青大厦'项目,却虚构其任法定代表人的内资企业正在运作该项目等事实",并据此认定左安一对陈君进行了欺骗。

这一认定既犯了逻辑错误,又犯了事实认定错误,具体表现在:

(1)错误地将长青大厦建设全部利用外资解决理解为只有外资企业才被准许参与合作开发"长青大厦"项目

国家计划委员会(现名"国家发展和改革委员会")在《关于中国老年活动中心及老年康乐大厦项目可行性研究报告的复函》中确实规定,中国老年活动中心及老年康乐大厦(即本案中所说的"长青大厦")建设所需资金,应全部利用外资解决。所谓外资,应是指来自中国大陆境外的资金,具体包括四类,一是境外的公司或企业在境外筹集的资金,二是境外公司或企业在境内筹集的资金,三是境内的公司或企业从境外筹集到的资金,四是境内的公司或企业从境内筹集的资金转到境外后又返回境内的资金。可见,国家计划委员会的复函并不是说只有外资企业才能参与合作开发建设该项目,而是说只要用于建设长青大厦项目的资金来自中国大陆境外即可。本案第一次一审判决认定左安一明知只有外资企业才被准许参与合作开发建设'长青大厦'项目,显然错误理解了国家计划委员会《关于中国老年活动中心及老年康乐大厦项目可行性研究报告的复函》的有关内容,犯了偷换概念的逻辑错误。

(2)将左安一以哈天圆公司正在运作"天圆长青世纪中心"项目为由向香坊营业部借款,错误地认定为对陈君进行了欺骗

将项目资金全部利用外资解决错误地理解为只有外资企业才能参与合作开发"长青大厦"项目,这还不是第一次一审判决所犯的关键性错误,其关键性错误在于将左安一以哈天圆公司正在运作"天圆长青世纪中心"项目为由向香坊营业部借款,错误地认定为对陈君进行了欺骗。正是基于这一错误认定,一审法院认为找到了左安一诈骗的事实,进而认定他犯了诈骗罪。

不可否认,左安一确实是以美国天圆公司的名义向中国老龄协会和北京老年服务开发公司争取长青大厦项目,同时是以哈天圆公司正在运作"天圆长青世纪中心"(即"长青大厦")项目为由向香坊营业部借款,但是,并不能因此认定左安一欺骗了陈君。关键是看陈君对此是否知情。从本案材料来看,左安一在向香坊营业部借款时,给陈君看了与老龄委签订的合作开发长青大厦的意向书。在意向书中,写明了与老龄委合作的主体是美国天圆公司。这说明陈君知道向香坊营业部借款的并不是名义上正在运作"天圆长青世纪中心"项目的公司,也就不存在左安一对陈君进行欺骗从而获得借款的问题。诈骗罪中的欺骗,是指行为人采取虚构事实、隐瞒真相的方法欺骗对方,使对方陷于认识错误。而本案中,既然陈君对上述实际情况完全了解而并没有陷于认识错误,就不存在受到欺骗的问题。

可见,一审判决据以认定左安一诈骗的所谓事实,完全不具备诈骗罪的构成特征,

根本不能证明左安一犯了诈骗罪。

3. 左安一也没有就“长青大厦”项目的效益问题对陈君进行欺骗

一审判决书认定左安一诈骗的另一个理由是他向陈君“谎称该公司正在筹建的‘天圆长青世纪中心’项目且效益极佳”。这一理由也不能成立。从以下事实来看,左安一并未就长青大厦项目的效益问题对陈君进行欺骗:(1)陈君个人对该项目的收益情况有清楚的认识。陈君本人的证言中讲:“96年8、9月份,我到北京,左安一与我讲了长青大厦项目,让我去看了地,让我看了与老龄委签订的长青大厦的意向性协议,说需要资金,经测算认为有利,双方商议了条款和金额……”这表明,在香坊营业部借款给左安一的公司时,陈君认真考察了拟建设的长青大厦所在的位置,并进行了测算,是在他认为有利后才答应借款给左安一的公司。因此,项目效益情况是由陈君自己作出的判断,不存在左安一对其进行欺骗的问题。(2)左安一本人认为该项目收益良好。左安一争取长青大厦建设项目当然是认为可以赢取高利,否则他不可能频繁与中国老龄协会和北京老年服务开发公司接触。(3)该项目客观上也确实具有良好的收益。除左安一的公司外,还有香港瑞城公司及一家韩国公司也在向中国老龄协会和北京老年服务开发公司争取长青大厦项目,甚至香港瑞城公司还从有关国家机关找关系来促成与中国老龄协会和北京老年服务开发公司的合作。试想,如果长青大厦项目预期的效益不丰厚,怎么可能会出现这种激烈的竞争局面。事实上,拟建设的长青大厦所在的位置在北京东三环外侧、燕莎友谊商城右侧,对面为当时正在兴建的第三使馆区。显然这一位置在北京属于黄金地带,具有巨大的升值潜力。

4. 左安一将哈天圆公司在“长青大厦”的“权益”列为保证条款不属于欺骗陈君

左安一在签订借款的《合作协议》中,将哈天圆公司在“长青大厦”项目中的“权益”抵押给香坊营业部和哈尔滨兴业产权经纪有限责任公司。一审法院判决书在其判决结论中认为,左安一这种“将其内资企业在该项目中的所谓‘权益’列为保证条款”属于对陈君及香坊营业部的欺骗。这一认定显然也是错误的。虽然以尚未取得的项目的权益作抵押有不规范之处,陈君本人知道左安一在向香坊营业部借款时,还没有实际取得长青大厦项目,他当然也就知道在《合作协议》中规定将哈天圆公司在“长青大厦”项目中的“权益”进行抵押是不规范的。既然陈君知道这种抵押本身存在着问题仍同意在《合作协议》中如此规定,就不能认为陈君在这个问题上受到了左安一的欺骗。

综合上述四个方面的分析,可以清楚地看到,左安一在向香坊营业部借款的事情上,不存在任何虚构事实、隐瞒真相或者其他欺骗行为,因此,不可能构成诈骗罪。

5. 从现有证据来看,左安一既没有欺骗的故意,也没有非法占有香坊营业部9 800万元款项的目的

在诈骗罪中,行为人主观上是否具有骗取对方财物的故意及是否具有非法占有对方财物的目的,是认定其取得他人财物行为是否构成诈骗罪必不可少的主观要件。对

于这种犯罪故意和目的是否存在,应当通过对行为人具体行为的考察来判断。通常情况下,如果行为人在借款的过程中采取了虚构事实、隐瞒真相等欺骗行为,并通过这种欺骗行为取得了对方的财物,在取得财物后,又没有采取措施积极履行还款义务,应当认定其主观上具有诈骗他人财物的犯罪故意和非法占有他人财物的犯罪目的;如果行为人在借款过程中没有采用虚构事实、隐瞒真相等欺骗行为,那么,即使他事后未能还款,也没有采取措施积极履行还款义务,仍然不能认定其主观上存在诈骗的犯罪故意和非法占有他人财物的犯罪目的;如果行为人借款时或者事后为还款提供了充分有效的担保,就更不存在诈骗的犯罪故意和非法占有他人财物的犯罪目的了。

根据上述公认的判断是否存在诈骗的犯罪故意和非法占有他人财物的目的的标准,本案中的左安一显然不具备诈骗罪的主观要件。这主要表现在以下方面:

(1)左安一在借款时,没有实施任何虚构事实或者隐瞒真相的欺骗行为

左安一在与香坊营业部签订"借款"的《合作协议》时,既没有谎称已经取得了长青大厦项目,也没有在得知中国老龄协会和北京老年服务开发公司已经不与其合作建设长青大厦项目的情况下,隐瞒真相,继续借款。亦即不存在任何欺骗行为。关于后一事实,本案还发生了一个令人心惊的插曲,透过这一插曲,我们可以看到如果司法机关执法犯法,后果多么可怕,当事人想摆脱被错误追究的命运多么困难。下面来看看这段插曲。

公诉机关在第一次对左安一进行诈骗罪的指控时,提供了6份证据,它们分别是左安一本人的供述以及当年合作方中国老龄协会袁秀石等5名证人的证言。这些言词证据都能够证明存在这样一个所谓的"事实",即中国老龄协会和该协会下属的北京老年服务开发公司已于1996年9月正式决定与香港瑞成公司合作开发长青大厦项目,并于9月份将这一决定通知了左安一,表示不与其合作建设长青大厦项目,而左安一在明知中国老龄协会已决定不与其合作建设长青大厦项目的情况下,仍于1996年10月份以筹建长青大厦项目的名义对香坊营业部进行欺骗,从香坊营业部借款1亿元人民币。如果没有更有力的证据推翻这些言词证据,对左安一定诈骗罪至少在证据上没有问题。至此,左安一的命运岌岌可危。

就在左安一明知自己的供述以及5名证人的证言是人为假造,却又找不到证据来推翻,因而陷入绝境时,奇迹出现了。由于北京遭遇"非典",袁秀石呆在家中闲来无事,便整理家务,正好找到了当年的工作日记,工作日记上,关于长青大厦项目合作协商过程记载的是1996年10月30日晚通知左安一不与其合作建设长青大厦项目。袁秀石于是纠正了他此前关于终止合作时间的说法,并且得到了其他证人证言的支持。由此可以断定,老龄委向左安一发出终止合作通知的时间晚于左安一的公司与香坊营业部签订《合作协议》的时间,也晚于实际取得借款的时间(后者分别是1996年10月14日、10月15日、10月18日),也就是说,左安一在1996年10月中旬与香坊营业部签

订三份《合作协议》时，不知道也不可能知道中国老龄协会和北京老年服务开发公司不与其合作建设长青大厦项目的情况（因为中国老龄协会和北京老年服务开发公司在1996年10月中旬时还没有决定不与左安一的公司合作）。既然左安一在与香坊营业部签订三份《合作协议》时并不知道也不可能知道中国老龄协会和北京老年服务开发公司不与他的公司合作建设长青大厦项目，那么，他根据已经与中国老龄协会和北京老年服务开发公司签订的合作意向书，主观上当然还是认为中国老龄协会和北京老年服务开发公司会与他的公司合作建设长青大厦项目，因此，即使左安一以“正在操作中的天圆长青世纪中心项目需要资金”的名义向香坊营业部借款，也不存在欺骗陈君的故意。

从某些方面看，左安一是不幸的。他明明是一个遵纪守法、诚信经商的企业家，却被以莫须有的罪名剥夺了整整5年的人身自由，而且这5年正是他精力最充沛的时期。我们怎能不说他是不幸的？然而，从某些方面看，左安一又是幸运的。如果袁秀石没有记工作日记的习惯，如果不是遇上北京闹“非典”，如果不是袁秀石乘“非典”整理家务，如果袁秀石在整理家务时没有翻出当年的工作日记，如果工作日记上没有清楚地记载着通知左安一不予合作的时间，如果袁秀石是一个阴险小人，恐怕此刻无辜的左安一正在监牢里服刑。如此之多的偶然因素聚集在一起，才将左安一从万丈深渊的旁边拉回来。有多少遭到错误司法追究的人能够得到如此之多的偶然因素的帮助，从而摆脱悲剧的命运呢？我们能说左安一不是幸运的吗？

（2）左安一为借款提供了足额的担保，并且一直在努力设法还款，进一步证明其主观上不具有非法占有借款的目的

所谓非法占有的目的，根据刑法理论界的通行见解及司法实务经验，是指行为人主观上具有永久剥夺他人财物所有权的意图或目的。对于利用经济合同实施的诈骗罪中非法占有的目的如何认定，最高人民法院于1996年12月16日发布施行的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》（以下简称《解释》）第2条第3款作了比较明确的规定。该条规定：“行为人具有下列情形之一的，应认定其行为属于非法占有为目的，利用经济合同进行诈骗：（一）明知没有履行合同的能力或者有效的担保，采取下列欺骗手段与他人签订合同，骗取财物数额较大并造成较大损失的：1.虚构主体；2.冒用他人名义；3.使用伪造、变造或者无效的单据、介绍信、印章或者其他证明文件的；4.隐瞒真相，使用明知不能兑现的票据或者其他结算凭证作为合同履行担保的；5.隐瞒真相，使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的；6.使用其他欺骗手段使对方交付款、物的。（二）合同签订后携带对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产逃跑的；（三）挥霍对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，致使上述款物无法返还的；（四）使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担

保合同履行的财产进行违法犯罪活动,致使上述款物无法返还的;(五)隐匿合同货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产,拒不返还的;(六)合同签订后,以支付部分货款,开始履行合同为诱饵,骗取全部货物后,在合同规定的期限内或者双方另行约定的付款期限内,无正当理由拒不支付其余货款的。"

就本案而言,从一审法院判决书的内容来看,显然其是依照《解释》第2条第3款第(一)项第5目(即明知没有履行合同的能力或者有效的担保,隐瞒真相,使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的)和第(四)项(即使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行违法犯罪活动,致使上述款物无法返还的)的规定,根据下列两个方面的事实来认定左安一主观上具有非法占有香坊营业部9800万元款项的目的:一是左安一将哈天圆公司在"长青大厦"项目中的"权益"列为保证条款;二是左安一将从香坊营业部取得的巨额资金用于在境内外非法从事炒卖外汇等高风险活动,造成无法返还香坊营业部的借款。上述两个方面的情况看似符合《解释》第2条第3款第(一)项第5目和第(四)项规定的可以认定为非法占有目的的情况,但实质上并不一致,不能因此认为左安一实行的行为具备了《解释》第2条第3款第(一)项第5目和第(四)项规定的情况,因而不能认定左安一主观上具有非法占有香坊营业部9800万元款项的目的。因为:

第一,就一审判决书认定的左安一将哈天圆公司在"长青大厦"项目中的"权益"列为保证条款的事实而言,虽然该事实确实存在,而且左安一以尚未取得的项目的权益作抵押有不太规范之处,但即使根本不考虑在当时左安一实际上是否具有履行合同的能力或者有效的担保以及左安一对这些情况是否明知,单从陈君在左安一以尚未取得的项目的权益作抵押这种情况上根本没有受骗即左安一没有隐瞒真相这一点来看,就不能按照《解释》第2条第3款第(一)项第5目关于"明知没有履行合同的能力或者有效的担保,隐瞒真相,使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的"规定而认定左安一主观上具有非法占有香坊营业部9800万元款项的目的。

第二,就一审法院的判决书所作的左安一"将从香坊营业部取得的巨额资金用于在境内外非法从事炒卖外汇等高风险活动,造成无法返还香坊营业部的借款"的认定来看,虽然左安一确实在其没能取得长青大厦项目及无法将已经取得的元泰等项目继续进行下去后,将从香坊营业部筹集来的资金中的比较大的一部分用于在境内外炒卖外汇等高风险的活动,但即使如一审法院判决书那样认定该活动具有违法性,也不能据此即认为左安一主观上具有非法占有香坊营业部9800万元款项的目的。因为根据《解释》第2条第3款第(四)项的规定,要认定行为人具有非法占有目的,不仅要求行为人使用对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行违法犯罪活动,而且同时还要求造成了上述款物无法返还的后果,而即使在左安一的公司实施的炒卖外汇等活动亏损了巨额资金的情况下,也根本不能认定左安一

的行为造成了无法返还香坊营业部9 800 万元款项的后果,表现在左安一的公司在元泰大厦项目和天圆广场项目中所享有的股权及其收益,完全可以为返还香坊营业部9 800 万元款项提供保证,而且左安一已经将其公司在北京天圆世纪广场房地产开发有限公司中的全部股权及该股权可享有的其他权益质押给了香坊营业部等有关单位,同时据律师介绍,左安一也已出具了授权香坊营业部等单位实际享有上述股权及该股权可享有的其他权益的书面文件。

上述情况表明,香坊营业部等单位目前已经实际上享有左安一的公司在北京天圆世纪广场房地产开发有限公司中的全部股权及该股权可享有的其他权益,也就是说左安一的公司实际上已经返还了欠香坊营业部的款项。一审法院判决书所列举的上述两个方面的事实,显然不足以认定左安一具有非法占有香坊营业部9 800 万元款项的目的,同时,从以下情况来看,左安一实际上一直在为归还香坊营业部的款项而积极努力,据此更不能认定其具有非法占有香坊营业部9 800 万元款项的目的。因为:

第一,努力让借款保值增值。在中国老龄协会和北京老年服务开发公司通知不与其合作建设长青大厦后,左安一将从香坊营业部所借9 800 万元又用于其他经营行为。该部分款项主要用于两个方面:一是用于元泰大厦项目和天圆世纪广场项目的投资,二是用于在北京国际信托投资公司和美国进行外汇买卖。对于前项行为,认定其属于正常的经营行为及为了偿还欠香坊营业部款项所作出的努力不应当有任何疑问,对于后项行为,虽然最终左安一因买卖外汇亏损了,但同样应当认定是其为了使所借款项保值增值及还款所作出的努力,而不能因此认定其对所借香坊营业部9 800 万元款项具有非法占有的目的。因为,众所周知,任何进行外汇炒作的人都不是出于要亏损的目的,而是为了赢利,否则他自己也一无所获,谈何非法占有财物?而且,当时元泰大厦项目和天圆世纪广场项目由于种种客观原因不能投入资金进行建设,他还要避免资金闲置而造成的每年要付出几百万元利息的损失。左安一多次解释,他将所借香坊营业部的款项用于外汇投资,是因为"要支付给香坊营业部巨额利息,资金在我账户内不能闲置",这一解释是合理的。既然左安一用所借香坊营业部款项炒作外汇具有避免资金闲置而造成的每年要付出几百万元利息的损失的意图,当然也足以表明他具有偿还香坊营业部借款的目的。

第二,积极签订还款抵押担保合同。为了保证能够最终偿还所欠香坊营业部的款项,左安一的哈天圆公司和哈尔滨市天圆(集团)有限责任公司于2001 年12 月10 日与香坊营业部、哈尔滨兴业产权经纪有限责任公司(以下简称哈兴业公司)、哈尔滨市香坊区国债服务部签订了一份《债权债务确认书》,明确了与其之间存在的债权债务关系后,左安一的美国天圆公司于2002 年7 月17 日就上述《债权债务确认书》所确定的债务向香坊营业部等单位提供了以其在北京天圆世纪广场房地产开发有限公司中的全部股权及该股权可享有的其他权益作质押的保证书。

第三,即使在目前左安一被关押、其公司在没有资金可用于偿还所欠香坊营业部款项的情况下,其公司仍有其享有权益的元泰大厦项目和天圆世纪广场项目也可作为偿还香坊营业部的保证。根据有关材料可知,元泰大厦项目位于北京市朝阳区白家庄东里原轻工规划设计院宿舍危房改造区这一具有很大升值潜力的地带,建筑规模为78 000 平方米,左安一的公司享有元泰物业发展公司的全部股权及其相关收益;天圆世纪广场项目位于北京市东城区北中轴路东、西两侧具有巨大升值潜力的黄金地带,建筑规模为100 000 平方米,左安一的公司北京天圆世纪广场房地产开发有限公司在其中享有40%的股份。虽然上述两个项目的价值有待专业机构及专家核算和评估,但至少应当认为左安一的公司偿还香坊营业部的款项是有一定保证的。

(四)是否可以根据行为人借款后对财产的处置情况来认定其是否犯诈骗罪

本案的第一次一审判决结论由于缺乏必要的证据支持,被二审法院即黑龙江省高级人民法院发回重审。不料,第二次一审判决仍然认定左安一的涉案行为构成诈骗罪,并且再次判处其无期徒刑。那么,第二次一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的理由是什么呢?判决书是这样陈述的:左安一在未取得合作建设项目的情况下,擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动,致使巨额合作资金无法返还(见第二次一审判决书第6页倒数第3—5行)。这一判决理由包含着法官可能存在的两种思路,一是根据行为人借款后对财产的处置情况,来反推此前的行为属于诈骗;二是直接将这种借款后处置财产的行为认定为诈骗罪。由此产生了一个问题,对借款后擅自处置钱款,拒不归还的行为如何定性?笔者认为,除非行为人借款时已经采取欺骗手段获得了财物,而其事后对钱款的处置行为又足以证明行为人在借款时,主观上有诈骗的故意和非法占有财产的目的,否则,其行为就无法具备诈骗罪的构成要件,根据这样的行为认定构成诈骗罪显然是完全错误的。本案中,一审法院仅根据左安一借款后处置款项的行为便认定其犯诈骗罪,显然没有严格按照诈骗罪的构成要件来对行为定性,因而难以成立,下面具体分析。

1. 第二次一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的理由与案件事实不符

第二次一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的全部理由有三:其一,左安一未取得合作建设项目;其二,左安一擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动;其三,左安一的行为致使巨额合作资金无法返还。而根据本案有关证据,这三项理由均不符合本案事实,因而不能成立。

(1) 左安一虽然未取得长青大厦项目,但与香坊营业部、哈兴业公司取得了另一个合作项目即元泰大厦项目,因此,第二次一审判决笼统地认定左安一未取得合作建设项目是错误的,至少是不准确的。

早在1996年5月9日,即左安一积极运作并试图取得长青大厦项目之前,左安一任法定代表人的哈天圆公司就已经与香坊营业部和哈兴业公司签订了由香坊营业部

和哈兴业公司协助哈天圆公司运作北京元泰国际大厦房地产项目(以下简称元泰大厦项目)的合作协议。香坊营业部为此还先期投入了6700万元资金。可见,尽管左安一未取得长青大厦项目,但左安一的公司与香坊营业部、哈兴业公司仍然存在另一个合作建设项目即元泰大厦项目。第二次一审判决笼统地认定左安一未取得合作建设项目显然不符合本案事实。

(2)左安一是通过合法途径将合作资金转移至境外,得到了合作另一方负责人陈君以及天圆集团董事会的同意,并非擅自将他人合作资金非法转移至境外。

第一,左安一是通过北京国际信托投资公司将香坊营业部的合作资金兑换成美元并汇至境外的,手续完全合法。

北京国际信托投资公司是经国家外汇管理局正式批准成立的可以为客户办理外汇调剂、代理外汇买卖的金融机构,左安一任法定代表人的哈天圆公司通过北京国际信托投资公司将人民币兑换成美元并汇至境外,不存在违法之处。因此,左安一并不是将他人合作资金非法转移至境外。

第二,把合作资金转移到境外,是天圆集团董事会决定将该笔资金用于开发元泰大厦项目之后必然要实施的行为,并非左安一擅自决定的。

根据哈天圆公司与香坊营业部、哈兴业公司签订的合作协议,香坊营业部有义务保证哈天圆公司在元泰大厦项目开发建设中所需缺口资金及时到位。因此,在哈天圆公司与香坊营业部合作同时运作元泰大厦和长青大厦两个项目后,哈尔滨天圆集团董事会以及左安一与陈君便决定将投入元泰大厦项目和长青大厦项目的所有资金集中起来,哪个先谈成便做哪个。后来,长青大厦项目没有争取到,天圆集团董事会便决定把原来准备用于长青大厦项目的9800万元合作资金转用于运作元泰大厦项目,后来又加上天圆广场项目。可见,把原来准备用于长青大厦项目的9800万元合作资金转用于运作元泰大厦项目,是天圆集团董事会的决定。而陈君当时既是香坊营业部和哈兴业公司的经理,又是天圆集团副董事长,参加并同意了天圆集团董事会的决策。因此,左安一将这笔资金用于运作元泰大厦项目,实际上得到了合作双方的同意。

同意将这笔资金用于运作元泰大厦项目,实际上就表明同意将这笔资金转移到国外。这是因为,元泰大厦项目虽然实际上是哈天圆公司在运作,而名义上则是美国天圆公司在运作,对此合作双方都十分清楚。之所以这样做,是因为根据当时有关规定,北京规模较大的房地产开发项目都必须由境外资金运作,直接以哈天圆公司这一国内企业的资金无法获得该项目。这样,就只有将这笔资金转移到国外,再以美国天圆公司的名义将这笔资金转回来,才能够用于运作元泰大厦项目。这一点陈君也是十分清楚的。因此,把合作资金转移到境外,实际上得到了合作双方的认可,并非左安一擅自决定的。

可见,左安一是通过合法途径将合作资金转移至境外,并且得到了合作双方的同

意,第二次一审判决认定其擅自将他人合作资金非法转移至境外违背有充分的证据证明的本案事实,因而不能成立。

(3) 左安一将合作资金汇至境外,是为了将这笔资金用于收购元泰大厦项目,并不是为了炒卖外汇。

这一点在左安一的供述和律师调查陈君的笔录中都说得十分清楚。事实上,这笔合作资金中的624万美元也确实用于收购元泰大厦项目52%的股份了。左安一之所以动用这笔资金中的一部分炒卖外汇,是因为在收购元泰大厦项目另外48%股份的过程中遇到阻碍,导致资金闲置,而美国天圆公司面临着必须偿还香坊营业部每年1 500万元利息的巨大资金压力,于是想通过炒卖外汇这种随时能抽回资金的短期投资方式为公司创造经济效益,缓解资金成本压力,而并非一开始就想将用这笔资金炒卖外汇。从当时元泰大厦项目和天圆世纪广场项目由于种种客观原因不能投入资金进行建设,而左安一又要设法避免因资金闲置而造成的巨额利息损失的情况来看,左安一关于为什么要将所借香坊营业部的资金用于炒卖外汇的解释是合理、可信的。可见,第二次一审判决认定左安一将他人合作资金转移至境外是为了从事炒卖外汇活动,也与本案证据所证明的事实不符,因而不能成立。

(4) 香坊营业部的合作资金实际上已经通过取得质押项目而得到弥补,因此,左安一的行为并没有导致巨额合作资金无法返还。

虽然香坊营业部的9 800万元合作资金兑换成1 200万美元汇至美国天圆公司后,左安一在炒卖外汇的过程中亏损了576万美元,并且哈天圆公司还欠有香坊营业部的其他债务,但有关亏欠并非无法返还。事实上,香坊营业部已经通过取得质押项目得到了弥补。这表现在:2001年12月10日,香坊营业部、哈兴业公司、哈尔滨市香坊区国债服务部与哈天圆公司和哈尔滨市天圆(集团)有限责任公司签订了《债权债务确认书》,确认了哈天圆公司所欠债务数额,并商定哈尔滨市天圆(集团)公司对全部欠款负有偿还责任。2002年7月17日,左安一任法定代表人的美国天圆公司又就上述《债权债务确认书》所确定的债务向香坊营业部等单位提供了《股权质押保证书》,将该公司在北京天圆世纪广场房地产开发有限公司中的全部股权(占该房地产公司股权总额的40%)及该股权可享有的其他权益质押给哈兴业公司,该质押保证书还明确规定,在天圆广场项目完成之前,质押权人即哈兴业公司和香坊营业部可以将所质押股权变现以满足债务的清偿。而2004年8月25日哈尔滨市香坊区政府向广东珠江实业发展有限公司和广东珠江投资有限公司出具的承诺书的内容,更加清楚地表明,香坊营业部等单位已经实际上享有左安一的公司在北京天圆世纪广场房地产开发有限公司中的全部股权及该股权可享有的其他权益。也就是说,左安一的公司实际上已经用其在北京天圆世纪广场房地产开发有限公司中的全部股权及该股权可享有的其他权益返还了欠香坊营业部的款项。这部分权益的价值远远超过2亿元人民币。而根据债权人和

债务人共同认可的《债权债务确认书》,哈天圆公司所欠香坊营业部的债务,将左安一炒卖外汇的亏损包括在内,也不足2亿元人民币。因此,左安一的公司资产足以清偿所欠债务,其行为并没有导致巨额合作资金无法返还。

上述事实充分表明,左安一既不是在未取得合作建设项目的情况下,擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动,也没有致使巨额合作资金无法返还。本案第二次一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的理由,不符合事实,根本不能成立。

2. 即便左安一确实是在未取得合作建设项目的情况下,擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动,致使巨额合作资金无法返还,也不能说明其行为具备了诈骗罪的构成要件,当然无法据此认定其行为构成诈骗罪

根据我国刑法的规定和犯罪构成理论,所谓诈骗罪,是指以非法占有为目的,采用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的本质特征在于以欺骗手段取得他人财物。至于行为人取得财物后,如何处置财物,只能作为考查其是否具有非法占有他人财物的目的以及取得财物时是否采用了欺骗手段的一个因素,本身并不会构成诈骗罪。因此,判断某一行为是否可能构成诈骗罪的关键,在于确认行为人在取得财物时是否采用了欺骗的方法。具体到本案,判断左安一的行为是否构成诈骗罪,关键是要查明他在取得香坊营业部9 800万元资金时,是否采用了欺骗手段。至于左安一在取得香坊营业部的资金后,如何使用这笔资金,并不影响其取得资金行为的性质。然而,本案第二次一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的理由,即"左安一在未取得合作建设项目的情况下,擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动,致使巨额合作资金无法返还",丝毫没有说明左安一究竟实施了什么欺骗行为来骗取香坊营业部的资金,所谓"擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动"的理由,且不说与本案事实不符,即便真的如此,也只是左安一取得香坊营业部的资金后,如何使用这笔资金的问题,根本不能说明他实施了骗取香坊营业部资金的行为。

从本案第二次一审判决认定左安一的涉案行为构成诈骗罪的理由来看,该判决试图根据其认定的客观事实,进而认定左安一是以非法占有为目的,利用经济合同进行诈骗。且不说其认定的事实本身错误,即便有关事实能够成立,对照最高人民法院发布并于1996年12月26日起实施的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第2条的规定,也可以清楚地得出结论,左安一的涉案行为不属于任何一种以非法占有为目的,利用经济合同进行诈骗的情形。

由上可见,本案第二次一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的理由即使与事实相符,也不能说明左安一主观上存在非法占有香坊营业部资金的目的和骗取资金的故意,更不能说明左安一客观上实施了以欺骗手段取得香坊营业部资金的行为,因而根

本不能说明左安一的行为具备了诈骗罪的构成要件,当然也无法据此认定左安一的行为构成诈骗罪。

3. 借款以后赖账不还,并且转移财产的行为如何定罪处理

虽然本案中左安一的行为根本不构成诈骗罪,但从深化理论研究的需要出发,有一个延伸问题值得思考,那就是行为人在正常借款之后,明明有能力归还借款也拒不归还,并且采取措施转移财产,逃避债务,应当如何处理?

有人认为,对这种行为应当直接以诈骗罪论处,理由是行为人借款后的行为已经表明其具有非法占有他人财物的目的,并且由此可以反推其借款时就已经存在骗取他人财物的故意,并且隐瞒了真相。笔者认为,从欠债不还这一事实并不能直接得出行为人在借款时就有骗取对方财物的犯罪故意,因此,仅仅根据这一事实不能定行为人诈骗,但据此应当特别注意考查行为人在借款时是否存在欺骗行为,如果存在,通常应当认定行为人构成诈骗罪,如果确实没有证据证明行为人存在欺骗行为,由于缺乏诈骗罪的构成要件,还是只能按债务纠纷处理。当然,从立法完善的角度看,笔者认为可以考虑增设恶意逃债罪,用刑法规制这种危害严重、发生频繁的行为。

七、错案纠正后,被告人的相关权益如何恢复

5 年不见天日,左安一在人身和财产方面都遭受了巨大损失。其中,左安一被捕前正在运作的北京世纪天圆广场房地产项目(以下简称天圆广场)的长期停滞并被北京市政府收回,给左安一本人和国有资产造成的损失尤为严重。天圆广场位于北京中轴线与北二环交汇处,按首都规划委员会及有关专家要求,天圆广场需建成一个融古都风貌和时代精神为一体的标志性建筑。到 2002 年 9 月,项目已经取得首都规划委员会下发的规划意见书,完成了拆迁准备工作,开发资金已经落实,其中 1.4 亿元已经到达项目公司账上,后续近十亿元的建设资金也取得有关银行的授信额度。左安一被捕后,天圆广场项目被以零价格强行转给香坊营业部。项目被抢走后,由于有关单位无力开发,天圆广场陷入瘫痪状态并于 2005 年 4 月被北京市国土资源局收回土地使用权。同年,天圆广场项目公司的营业执照法人资格也被北京市工商行政管理局吊销。而从 1997 年到 2002 年,左安一为开发项目筹集了 2 亿元资金,在项目设计方案的国际招标、设计方案的深化、拆迁补偿、项目公司经营管理等方面实际投入了 4 000 多万元,利息损失达 5 000 多万元,天圆公司在该项目上可预期的近 5 亿元收益也化为泡影。另外,由于左安一无辜被捕,失去人身自由,天圆集团在北京拥有的预期收益在 6 亿元以上的元泰国际公寓项目也陷入瘫痪,最终夭折,损失现已无法挽回(已由第三方开发建设)。这些损失直接导致了天圆集团所欠下的近 2 亿元借款无法偿还。由此产生了一个问题:左安一因被错误追究而蒙受的这一系列损失,该如何得到赔偿?其相关权益,特别是在天圆广场房地产项目上的合法权益,如何得到恢复?笔者认为,根据现行

法律规定以及党和国家政策，天圆广场房地产项目应当归还左安一的天圆公司。

（一）根据法律的规定，天圆广场应当归还天圆公司

根据我国宪法、国家赔偿法和民法等有关法律的规定，天圆广场应当归还天圆公司。

1. 天圆广场应当归还天圆公司的宪法根据

我国《宪法》第41条第3款明确规定，由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。左安一就是由于国家机关的错误逮捕和刑事追诉这种侵权行为，而遭受了包括失去天圆广场在内的重大经济损失和人身权损失，依《宪法》的这一规定，应当取得赔偿。左安一在天圆广场项目上所遭受的损失，对国家和个人都有利的赔偿办法就是将该项目返还给左安一的天圆公司（这一点将在下面作进一步阐述）。

2. 天圆广场应当归还天圆公司的国家赔偿法根据

《国家赔偿法》第16条规定，行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：（一）违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的；（二）依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的。在本案中，左安一的天圆广场就是被司法机关违法强行转让给哈尔滨香坊营业部的下属公司，进而被北京市政府收回，左安一依法应当获得赔偿。

《国家赔偿法》第25条规定，国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。能够返还财产或者恢复原状的，予以返还财产或者恢复原状。从有关材料来看，香坊营业部的下属公司取得天圆广场没有办理工商登记，在形式上不合法，属于无效转让。天圆广场目前并未合法有效地转让给第三方，更没有进行开发，完全可以恢复原状。因此，依法应当恢复原状，即归还天圆公司。

3. 天圆广场应当归还天圆公司的民法根据

第一，根据民法原理，天圆公司在左安一被捕前所签订的合同、协议，应当继续有效。由于左安一受到的是错误的司法追究，左安一以及天圆公司的权利能力和行为能力并没有因为他被无辜羁押而改变，因此，他过去所拥有的所有权利依然存在，应当予以实际恢复。

第二，天圆广场项目开发停滞以及被北京市政府收回，是由于公安机关和检察机关的违法办案所造成，不是左安一的错，结果不能由左安一承担。从客观的角度看，由于左安一长期被羁押，造成天圆广场的开发长期没有进展，北京市国土局收回这块土地有其理由。但是，在错案纠正后，已经可以肯定左安一是被错误羁押，天圆广场没有开发显然不是左安一的错，他也是受害者。就土地管理部门而言，不能认为左安一是违约方，因为他是被错误羁押，没有人能够代替他履行合同，因而实际上不是左安一本

人违约。项目停滞是由于不可抗力造成的。现在不可抗力已经排除,理应让天圆公司继续开发。

第三,天圆公司有能力继续履行天圆广场开发协议,应当继续开发该项目。左安一被捕前,天圆广场项目已经得到了国家规划局的批准,而且当时资金已经到位了,进入了实质性启动阶段,天圆公司开发这个项目有良好的基础。目前,天圆公司并没有垮,左安一的融资能力仍然存在,并且事实上已经找到了资信良好、实力雄厚的合作伙伴。因此,天圆公司完全有能力成功开发天圆广场,并且是天圆广场的最佳开发单位。换言之,左安一重新申请这个项目与其他开发者申请开发这一项目是不一样的,无论从法理还是从实际情况看,左安一及其天圆公司都比其他申请人享有优先权。

(二)从贯彻党的十七大精神的要求出发,应当将天圆广场归还天圆公司

胡锦涛总书记在十七大报告第五部分"促进国民经济又好又快发展"的第六点"完善基本经济制度,健全现代市场制度"中强调,要"完善以公有制为主体,多种所有制经济共同发展的基本经济制度,毫不动摇地发展公有制经济,毫不动摇地鼓励、引导、支持非公有制经济发展,坚持平等保护物权,形成多种所有制经济平等竞争,相互促进的局面。"报告的这一内容是指导我们完善基本经济制度的一个重要的考虑。从这一角度看,有关部门能不能够对蒙冤5年,无辜羁押1 800天之久的民营企业家左安一恢复权利,关系到对党的十七大确定的平等保护民营经济精神是否贯彻的态度问题。因此,从贯彻党的十七大精神的要求出发,应当将天圆广场归还天圆公司。如果本案中天圆广场的复权问题能够得到妥善解决,将是一件带有标志性意义的事情。只有把天圆广场的复权问题处理好,民营企业家才能感受到党和政府的关心和支持,才不会灰心;如果处理不好,则会造成很大的负面影响。

(三)从保护国有资产的角度看,应当将天圆广场归还天圆公司

从有关材料来看,天圆广场还涉及能否偿还1亿6 000万元借款的问题。这是一笔巨额国有资产。如果不将天圆广场归还天圆公司,天圆公司所欠的这1亿6 000万元资金及其利息将难以归还国家,不可避免地会造成国有资产的重大损失。如果能够顺利恢复天圆公司在天圆广场的权益,该项目可望迅速启动,项目运作可预期利益足以归还天圆公司所欠借款和利息。因此,从保护国有资产的角度考虑,也亟待恢复天圆公司在天圆广场的利益。

八、结语

在即将结束对左安一案件的法理探讨的时候,一个早已萦绕在心的问题仍旧挥之不去:守法而上进的经营者、公民左安一两次被判处无期徒刑,被无辜剥夺人身自由达1 800余天、5年之久,最终被宣告无罪,这究竟是可悲还是可喜?是不幸还是幸运?这种不幸与幸运交织,可悲与可喜混杂的状况,是否就是中国刑事法治发展的现状?往

事不可谏,来者犹可追。“实迷途其未远,觉今是而昨非。”在我们看来,对左安一案件而言,苦苦纠缠于一审法院的两次错误判决的意义远远小于尽快恢复左安一在天圆广场项目上的合法权益的价值。尽管左安一蒙冤5年的经历给他复权带来了重重困难,一些不了解真相的人,对恢复天圆广场的开发建设采取了观望、回避甚至抵触的态度,给项目的恢复带来了极大的困难,也给无罪获释后的左安一带来了新的伤痛,但是,恢复该项目毕竟具有充分的法律依据和现实基础,复权实乃对错案进行补救的最佳途径。在这种情况下,能否恢复左安一的天圆公司对天圆广场项目的开发建设,不但关系到左安一的合法权益能否得到恢复,而且关系到国家法律、政策能否得到执行,关系到党的十七大精神能否得到贯彻,关系到“十七大”平等保护民营经济的国策能否在实践中得到具体落实。我们希望左安一能够得到公正、合理、合法的对待,希望尽快恢复左安一的天圆公司对天圆广场的重新开发建设,切莫让这个既能挽救国家及个人巨额损失,又能体现和谐、法治社会精神,保护民营经济合法权益的好事蒙上阴影。我们衷心希望,左安一的复权之路尽管曲折艰难,但最终的结局是圆满的,一如他在历经磨难之后,最终恢复清白之身。其实,这也是我们对中国刑事法治发展前景的美好期盼。

附录一

黑龙江省哈尔滨市中级人民法院刑事判决书

(2005)哈刑初字第357号

公诉机关黑龙江省哈尔滨市人民检察院。

被告人左安一,男,1959年10月18日出生于辽宁省鞍山市,汉族,大学文化,系哈尔滨市天圆金融信息咨询服务有限责任公司总经理,因涉嫌犯合同诈骗罪于2002年9月30日被刑事拘留,同年11月30日被逮捕。现羁押于哈尔滨市公安医院。

辩护人于逸生、陆雁,黑龙江学院律师事务所律师。

黑龙江省哈尔滨市人民检察院以哈检刑诉(2004)38号起诉书指控被告人左安一犯合同诈骗罪,于2004年1月20日向本院提起公诉。本院于同年2月26日对本案作出一审判决。黑龙江省高级人民法院于2005年7月26日作出裁定,认为本案事实不清、证据不足,发回本院重新审判。本院于2005年9月22日重新立案后,依法另行组成合议庭,公诉机关同年11月4日申请延期审理,12月1日本案恢复审理,12月16日公开开庭审理了本案。哈尔滨市人民检察院指派检察员姜勇智出庭支持公诉,被告人左安一及其辩护人于逸生、陆雁到庭参加诉讼。现已审理终结。

黑龙江省哈尔滨市人民检察院指控:1996年8月,被告人左安一经人介绍与中国老龄协会袁秀石洽谈合作开发“长青大厦”建设项目,并于同年9月14日以美国天圆

金融贸易公司(以下简称纽约天圆公司)法定代表人身份与北京老年服务开发公司签订了意向性合作协议书。同年10月中旬,被告人左安一在没有实际取得"长青大厦"项目的情况下,以哈尔滨市天圆金融信息咨询服务有限责任公司(以下简称天圆金融信息公司)法定代表人身份,谎称筹建"天圆长青世纪中心"项目需要资金,骗取哈尔滨财政证券公司香坊营业部(以下简称香坊营业部)经理陈君的信任,先后与陈君签订3份名为"合作"实为拆借资金的协议。按此协议,香坊营业部于1996年10月14日、10月15日、10月18日先后转入天圆金融信息公司9 880万元。1996年10月24日,天圆金融信息公司转回香坊营业部80万元,综上,被告人在不具备履行合同能力的情况下,以筹建"长青大厦"为名,骗取被害单位的信任,与香坊营业部签订合同,骗取该单位资金9 800万元。

左安一将骗取香坊营业部的资金分别于1996年10月15日、16日、17日、21日,从天圆金融信息公司账户电汇给北京天圆投资策划有限公司96 162 240元,另有100余万元在天圆金融信息公司账户零星支出。左安一又将"天圆策划公司"的款项102 880 000元先后转入北京国际信托投资有限责任公司(以下简称北国投)。北国投按左安一的指令将人民币调换为美元并先后汇给左安一开办的纽约天圆公司1 200万美元,此款被左安一全部汇往境外用于在美国及北国投炒卖外汇等非法活动,现无法返还。公诉机关认为,被告人左安一的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第224条,构成合同诈骗罪,提请本院依法惩处,并提交了相应的证据。

被告人左安一当庭辩解称,长青项目是经过香坊营业部考察洽谈后才向天圆公司拆借资金,提供资金证明是取得项目的前提条件,没有签订正式转让协议等双方都是清楚的;以哈天圆公司的名义从香坊借款,香坊营业部也是清楚的,是正常的商业行为,不存在欺骗的问题;天圆公司借款后完全具备履行合同的能力,没有履行是因为出现了不可抗力,且偿还借款是有保证的。其辩护人提出,左安一在与陈君签订、履行合同的过程中,没有虚构事实、隐瞒真相,没有骗取香坊营业部的资金,即不具备犯罪的客观要件;左安一在主观上没有非法占有香坊营业部财产的故意;左安一的公司积极履行还款义务,所实施的不是诈骗行为。

经审理查明:1996年8月,被告人左安一得知中国老龄协会经国家有关部委批准,拟利用外资开发中国老年活动中心("长青大厦")建设项目,遂与相关人员接触,洽谈该项目。同年9月14日,被告人左安一以美国天圆金融贸易公司名义与北京老年服务开发公司签订合作建设"长青大厦"项目意向书。同年10月中旬,被告人左安一在美国天圆金融贸易公司尚未实际取得"长青大厦"项目的情况下,又以另一家哈尔滨天圆金融信息咨询服务有限责任公司法定代表人身份作为乙方,与甲方哈尔滨市财政证券公司香坊营业部经理陈君(已判刑)签订3份《合作协议》,合作开发左安一更名为"天圆长青世纪中心"大厦的项目。协议约定,借款期限为一年;甲方保证乙方在该项目中

所需缺口资金及时到位，参与运作和管理，并收取本金和利润；乙方同意将自己在该项目中的权益抵押给甲方。其后，香坊营业部按协议于同年10月14日、10月15日、10月18日先后转入天圆金融信息公司人民币9800万元。

1996年10月29日，中国老龄协会与另一单位乐天发展股份有限公司签订了合作建设“长青大厦”的协议。被告人左安一自1996年11月，将转入北京国际信托投资有限责任公司的投资款调换为1200万美元并先后汇给其开办的纽约天圆公司，用于炒卖外汇，1997年1月，被告人左安一又从纽约天圆公司汇回其所开发的另一项目元泰物业账户624万美元，其余576万美元全部亏损，现无法返还。案发后，公安机关在被告人左安一处扣押人民币8800元及共合计人民币669000元的德国产S600型奔驰轿车1辆、瑞士产伯爵牌18K铂金手表一块、名人字画6幅。

上述事实，由检察机关提交，并经法庭质证、认证的下列证据予以证明：

1. 国家计划委员会《关于中国老年活动中心及老年康乐大厦项目可行性研究报告的复函》，证实审定该项目“总投资5000万美元，建筑面积8万平方米，资金来源全部利用外资解决”。

2. 被告人左安一以纽约天圆公司名义与北京老年服务开发公司签订《关于合作建设中国老年活动中心项目意向书》。

3. 被告人左安一以天圆金融信息公司名义与香坊营业部签订的3份拆借人民币1亿元的《合作协议》。

4. 中国老龄协会与乐天发展股份有限公司签订《关于合作建设中国老年活动中心项目的协议书》；香港瑞城国际有限公司、香港美坡企业有限公司、北京老年服务开发公司签订的《长青有限公司股权转让协议》；中国老龄协会工作人员袁秀石工作日记等，证实“长青大厦”项目最终未确定给纽约天圆公司。

5. 香坊营业部给天圆金融信息公司转款凭证，天圆金融信息公司给北京天圆投资策划有限公司转款凭证，北京天圆投资策划有限公司给北京国际信托投资有限责任公司转款凭证，北国投按被告人左安一指令调换1200万美元汇往纽约天圆公司证明材料，被告人左安一从纽约天圆公司汇入北京元泰物业发展公司624万美元进行验资，后又调换成人民币，一部分转入北国投炒汇，一部分投入股票市场炒股等相关书证，证实9800万人民币的主要流向。

6. 黑龙江振业会计师事务所出具的《审计报告》证实：(1) 左安一以北京“天圆长青世纪中心”项目建设为名，与香坊国债部陈君签订合作协议拆借资金1亿元，直接扣息200万元，借款并没有投入资金项目，而转入北国投用于炒汇，事实清楚。该行为是否构成犯罪，应由司法机关审定；(2) 北京元泰、天圆实业转入北京北国投171150753.69元，由北国投现有的票据看，汇往美国天圆金融公司13598000美元，事实清楚。

7. 公安机关收集的营业执照、工商管理机关档案材料、外资公司注册收据及译文

等书证,证明涉案相关企业性质等问题。

8. 公安机关出具的《扣押财物清单》,证实在被告人左安一处扣押汽车、手表、名人字画等物品及现金。

9. 哈尔滨市物价局价格认证中心出具的《价格鉴定结论书》,证实扣押物品的价值。

10. 证人唐武全、袁秀石证实与被告人左安一签订意向书及最终未选定左安一所在的纽约天圆公司为合作伙伴的情况。

11. 被害单位负责人陈君证实与左安一签订合作协议的情况。

12. 证人江国永证实在被告人左安一授意下,在北国投炒卖外汇亏了6 000余万元,其余1亿资金调成美元汇到美国天圆公司,左安一在美国炒卖外汇亏损的情况。

13. 被告人左安一供述,为了盘活资金,将用于长青大厦的资金兑换成1 200万美元汇往美国炒汇,亏了600万美元左右。

本院认为:被告人左安一在未取得合作建设项目的情况下,擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动,致使巨额合作资金无法返还,属于以非法占有为目的骗取他人财物,其行为已构成诈骗罪。被告人左安一犯诈骗罪,数额特别巨大,情节特别严重,致使国家财产蒙受重大损失,应依法惩处,被告人左安一及其辩护人提出被告人不构成诈骗犯罪的辩解和辩护意见均不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第12条和1979年《中华人民共和国刑法》第152条、第53条第1款、第60条之规定,判决如下:

一、被告人左安一犯诈骗罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

二、扣押在哈尔滨市公安局的被告人左安一的个人财产人民币8 800元、德国产S600型奔驰轿车1辆、瑞士产伯爵牌18K铂金手表1块、名人字画6幅予以追缴并返还被害单位哈尔滨市财政证券公司香坊营业部。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内,通过本院或者直接向黑龙江省高级人民法院提出上诉,书面上诉的,应当提交上诉状正本一份,副本二份。

审　判　长　宿　雷
代理审判员　万福利
代理审判员　蓝日皎
2005年12月29日
书　记　员　曲洪峰

附录二

黑龙江省高级人民法院刑事判决书

(2006)黑高刑二终字第16号

原公诉机关黑龙江省哈尔滨市人民检察院。

上诉人(原审被告人)左安一,男,1959年10月18日出生于辽宁省鞍山市,汉族,大学文化,系黑龙江省哈尔滨市天圆金融信息咨询服务有限责任公司总经理,暂住北京市朝阳区锦绣园公寓1906房(户籍所在地黑龙江省哈尔滨市香坊区和平路17号)。因本案于2002年9月30日被刑事拘留,同年11月30日被逮捕。现羁押于哈尔滨市第四看守所。

辩护人于逸生,黑龙江学院律师事务所律师。

黑龙江省哈尔滨市中级人民法院审理黑龙江省哈尔滨市人民检察院指控原审被告人左安一犯诈骗罪一案,于2004年2月26日作出(2004)哈刑初字第47号刑事判决,认定被告人左安一犯诈骗罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;扣押在案的款物(共计人民币677 800元)予以追缴并返还被害单位。原审被告人左安一不服,提出上诉。本院审理后,于2005年7月26日作出(2004)黑高刑二终字第112号刑事裁定,以事实不清为理由,撤销哈尔滨市中级人民法院(2004)哈刑初字第47号刑事判决,发回哈尔滨市中级人民法院重新审判。哈尔滨市中级人民法院经重新审判,于2005年12月29日作出(2005)哈刑初字第357号刑事判决,认定被告人左安一犯诈骗罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;扣押在哈尔滨市公安局的被告人左安一的个人财产人民币8 800元、德国产S600型奔驰轿车1辆、瑞士产伯爵牌18K铂金手表1块、名人字画6幅予以追缴并返还被害单位哈尔滨市财政证券公司香坊营业部。原审被告左安一仍不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,经过阅卷、讯问被告人、听取辩护人的意见,依照法律有关规定,决定不开庭审理。本案现已审理终结。

原审判决认为,1996年8月,被告人左安一得知中国老龄协会经国家有关部委批准,拟利用外资开发中国老年活动中心建设项目(即长青大厦),遂与相关人员接触,洽谈合作开发建设该项目。同年9月14日,被告人左安一以美国天圆金融贸易公司名义与北京老年服务开发公司签订合作建设“长青大厦”项目意向书。同年10月中旬,被告人左安一在美国天圆贸易公司尚未实际取得“长青大厦”项目的情况下,又以另一家哈尔滨市天圆金融信息咨询服务有限责任公司法定代表人身份作为乙方,与哈尔滨市财政证券公司香坊营业部经理陈君(已判刑)签订3份《合作协议》,合作开发左安一更名为“天圆长青世纪中心”大厦项目。协议约定,借款期限为一年;甲方保证乙方在该

项目中所需缺口资金及时到位,参与运作和管理,并收取本金和利润;乙方同意将自己在该项目中的权益抵押给甲方。其后,香坊营业部按协议于同年10月14日、10月15日、10月18日先后转入哈尔滨天圆金融信息咨询服务有限责任公司人民币9 800万元。

1996年10月29日,中国老龄协会与另一单位香港乐天发展股份有限公司签订了合作建设“长青大厦”的协议。被告人左安一自1996年11月,将转入北京国际信托投资有限公司的投资款调换为1 200万美元并先后汇给其开办的纽约天圆公司汇回其所开发的另一项目元泰物业账户624万美元,其余576万美元全部亏损,现已无法返还。案发后,公安机关在被告人左安一处扣押人民币8 800元及共合计人民币669 000元的德国产S600型奔驰轿车1辆、瑞士产伯爵牌18K铂金手表1块、名人字画6幅。

定案证据:

1. 国家计划委员会《关于中国老年活动中心及老年康乐大厦项目可行性研究报告的复函》,证实审定该项目“总投资5 000万美元,建筑面积8万平方米,资金来源全部利用外资解决”。

2. 被告人左安一以纽约天圆公司名义与北京老年服务开发公司签订《关于合作建设中国老年活动中心项目意向书》。

3. 被告人左安一以天圆金融信息公司名义与香坊营业部签订的3份拆借人民币1亿元的《合作协议》。

4. 中国老龄协会与乐天发展股份有限公司签订《关于合作建设中国老年活动中心项目的协议书》;香港瑞城国际有限公司、香港美坡企业有限公司、北京老年服务开发公司签订的《长青有限公司股权转让协议》;中国老龄协会工作人员袁秀石工作日记等,证实“长青大厦”项目最终未确定给纽约天圆公司。

5. 香坊营业部给天圆金融信息公司转账凭证,天圆金融信息公司给北京天圆投资策划有限公司转款凭证,北京天圆投资策划有限公司给北京国际信托有限责任公司转款凭证,北国投按被告人左安一指令调换1 200万美元汇往纽约天圆公司证明材料,被告人左安一从纽约天圆公司汇入北京元泰物业发展公司624万美元进行验资,后又调换成人民币,一部分转入北国投炒汇,一部分投入股票市场炒股等相关书证,证实9 800万元人民币的主要流向。

6. 黑龙江振业会计师事务所出具的《审计报告》证实:(1) 左安一以北京“天圆长青世纪中心”项目建设为名,与香坊国债部陈君签订合作协议拆借资金人民币1亿元,直接扣息人民币200万元,借款并没有投入资金项目,而转入北国投用于炒汇,事实清楚。该行为是否构成犯罪,应由司法机关审定;(2) 北京元泰、天圆实业转入北京北国投人民币171 150 753.69元,由北国投现有的票据看,汇往美国天圆金融公司13 598 000美元,事实清楚。

7. 公安机关收集的营业执照、工商管理机关档案材料、外资公司注册收据及译文等书证，证明涉案相关企业性质等问题。

8. 公安机关出具的《扣押财务清单》，证实在被告人左安一处扣押汽车、手表、名人字画等物品及现金。

9. 哈尔滨市物价局价格认证中心出具的《价格鉴定结论书》，证实扣押物品的价值。

10. 证人唐武全、袁秀石证实与被告左安一签订意向书及最终未选定左安一所在纽约天圆公司为合作伙伴的情况。

11. 被害单位原负责人陈君证实与左安一签订合作协议的情况。

12. 证人汪国永证实，在被告人左安一授意下，在北国投炒卖外汇亏了6000余万元，其余1亿资金调成美元汇到美国天圆公司，左安一在美国炒外汇亏损的情况。

13. 被告人左安一供述，为了盘活资金，将用于长青大厦的资金兑换成1200万美元汇往美国炒汇，亏损了600万美元左右。

哈尔滨市中级人民法院认为，被告人左安一在未取得合作建设项目的情况下，擅自将他人合作资金兑换成外汇并非法转移至境外从事炒卖外汇活动，致使巨额合作资金无法返还，属于以非法占有为目的骗取他人财物，其行为已构成诈骗罪。被告人左安一犯诈骗罪，数额特别巨大，情节特别严重，致使国家财产蒙受重大损失，应依法惩处，被告人左安一及其辩护人提出被告人不构成诈骗犯罪的辩解和辩护材料均不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第12条和1979年《中华人民共和国刑法》第152条、第53条第1款、第60条之规定，认定被告人左安一犯诈骗罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；扣押在哈尔滨市公安局的被告人左安一的个人财产人民币8800元、德国产S600型奔驰轿车1辆、瑞士产伯爵牌18K铂金手表1块、名人字画6幅予以收缴并返还被害单位哈尔滨市财政证券公司香坊营业部。

宣判后，被告人左安一不服，以其主观上没有非法占有香坊营业部资金的目的，客观上没有实施诈骗行为，与香坊营业部发生的拆借资金的行为属于民事借贷关系，自己无罪为理由提出上诉。

左安一的辩护人提出如下辩护意见：(1) 一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的理由与案件事实不符。一是左安一早在运作长青大厦之前，就已经与香坊营业部和哈尔滨兴业产权经纪有限公司合作运作北京元泰大厦项目，香坊营业部为此还先期投入了6700万元资金。二是左安一并非擅自将他人合作资金非法转移至境外。左安一是通过北京国际信托投资公司将香坊营业部的合作资金兑换成美元并汇至境外的，手续完全合法。三是香坊营业部的资金实际上已经通过取得质押项目而得到弥补，左安一的行为没有导致巨额合作资金无法返还。2001年12月10日，香坊营业部、兴业产权公司与哈尔滨天圆金融信息公司和哈尔滨市天圆集团公司签订了《债权债务确认

书》,确定了天圆金融信息公司所欠债务数额。2007年7月17日,左安一的美国天圆公司又就上述《债权债务确认书》所确定的债务向香坊营业部等单位提供了《债权质押保证书》,将该公司在北京天圆世纪广场房地产开发有限公司中的全部股权及该股权可享有的其他权益质押给兴业产权公司。(2)左安一没有实施诈骗行为,不具备诈骗罪的客观条件。1996年9月14日,左安一以美国天圆公司法定代表人的名义,与北京老年服务开发公司签订了《关于合作建设中国老年活动中心项目意向书》,后左安一与香坊营业部经理陈君洽谈合作运作该项目事宜。期间,左安一给陈君看了与北京老年服务开发公司签订的合作意向书,带香坊营业部、兴业产权公司负责人陈君实地考察了该项目。考察后陈君认为项目可行,同意合作开发,并于1996年10月11日至10月18日期间先后转入天圆金融信息公司人民币9800万元。(3)左安一不具备诈骗罪的主观要件。左安一在取得香坊营业部资金的过程中,没有实施虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为,不具有以欺骗的方法获得资金的故意。现有证据事实,左安一虽然未能取得长青大厦项目,但这并不影响他为争取该项目而拆借资金这一行为的民事性质,左安一不具有非法占有财物的目的,其拆借资金的行为不构成诈骗犯罪。

经本院审理查明,上诉人左安一系哈尔滨市天圆金融信息咨询服务有限责任公司(以下简称哈尔滨天圆公司)的法定代表人。1996年8月初,左安一得知中国老龄协会经国家计划委员会批准,拟利用外资在北京开发建设中国老年活动中心(即长青大厦),遂以自己所开办的美国纽约天圆金融贸易公司(以下简称美国天圆公司)法定代表人的名义与具体负责该项目的中国老龄协会、北京老年服务开发公司的负责人唐武全、袁秀石等人接触,洽谈合作开发建设长青大厦项目事宜。同年9月14日,左安一以美国天圆公司的名义与北京老年服务开发公司签订了《关于合作建设中国老年活动中心项目意向书》。后左安一找到哈尔滨市财政证券公司香坊营业部(以下简称香坊营业部)经理陈君,把长青大厦项目的情况告诉了陈君,并提出欲拆借资金人民币1亿元。陈君遂与香坊营业部副总经理王东到北京对长青大厦项目进行了实地考察,考察后认为可行。同年10月中旬,左安一与陈君签订三份拆借资金的《合作协议》,协议内容为:由于乙方哈尔滨天圆公司在北京正在操作的“天圆长青世纪中心”大厦项目自筹资金不足,需要拆入资金,与甲方香坊营业部、哈尔滨兴业产权经纪有限责任公司(以下简称兴业公司。该公司系香坊营业部与哈尔滨天圆公司共同成立的股份制公司,法定代表人陈君)合作,甲乙双方经友好协商达成协议,甲方同意分三次拆借资金人民币1亿元给乙方,条件是借款期限为一年,年利率为15%,提前返息2%;该项目结算后,除乙方在保证按期归还甲方资金本息外,还需按总投资比例将由甲方拆入资金而产生之利润的20%回报给甲方的兴业公司;甲方兴业公司有权协助乙方对该项目的运作参与和管理;甲方保证在该项目开发建设中所需缺口资金及时到位,乙方保证按协议规定归还资金本息和甲方应得利润;如乙方不能按上述约定的方式归还甲方资金,乙方

同意将自己在该项目中的权益抵押给甲方,届时,甲方有权对该项目进行接管和运作管理,直至将甲方的资金本息及应得利润全部偿还后,该项目剩余权益自动归乙方所有。协议签订后,香坊营业部于1996年10月14日、10月15日、10月18日先后三次转入哈尔滨天圆公司共计人民币9800万元(借款1亿元,直接扣息2%即人民币200万元)。

1996年10月19日,中国老龄协会与香港乐天发展有限公司签订了《关于合作建设中国老年活动中心项目的协议书》。同年10月30日,北京老年服务开发公司正式通知左安一:放弃与美国天圆公司合作。

另查明:

1. 1995年1月,左安一以哈尔滨天圆公司法定代表人名义,向陈君提出做生意需要拆借资金,陈表示同意。同年1—5月,香坊营业部以国债回购的形式分五次借给哈尔滨天圆公司人民币3300万元,借款期为1年,年利息为20%,提前返息5%。1996年9月,哈尔滨天圆公司未能按时偿还到期借款,经左安一与陈君协商,将期内利息及期外利息一次结清,又续签一年合同。

2. 1996年4月,左安一在北京找到一个合作开发建设房地产项目,即元泰大厦项目,遂找到陈君,称其以美国天圆公司名义与北京建筑材料总公司合作,准备开发建设元泰大厦,向陈君提出拆借资金,并说这个项目能挣钱,希望与香坊营业部合作。陈君与香坊营业部副经理王东到北京实地考察了元泰大厦项目,认为该项目可行。同年5—6月,香坊营业部分三次向哈尔滨天圆公司拆借资金共计人民币6700万元,借款期限为二年,年利息20%,提前返息5%。

3. 1998年6月,左安一得知北京市东城区园林局有一块土地欲开发建设,认为这块土地地理位置好,估算开发房地产利润很高,遂找到北京市东城区园林局及有关部门洽谈合作开发事宜。经协商,决定由北京市东城区园林局、北京市天圆投资策划有限公司、北京华闻房地产开发有限责任公司与美国天圆公司合作,该项目命名为北京天圆广场,成立北京天圆广场房地产开发有限责任公司开发建设。该项目总建筑面积9万平方米,总投资估算2.98亿美元。北京天圆广场房地产开发有限责任公司的注册资本为2000万美元,其中,北京市天圆投资策划有限公司占30%,为600万美元;美国天圆公司占70%,为1400万美元。1998年11月15日,北京市东城区园林局、美国天圆公司、北京市天圆投资策划有限公司、北京华闻房地产有限公司签订了《天圆广场项目合作协议书》。2000年4月,北京市发展计划委员会对天圆广场项目可行性报告进行了批复。因左安一开发建设天圆广场资金不足,左安一找到广东珠江实业发展有限公司、广东珠江投资有限公司,要求与二公司合作,二公司同意与左安一合作,并于2001年11月28日签订了《北京世纪天圆广场房地产开发有限公司股权转让协议》。协议约定,左安一的美国天圆公司、北京市天圆投资策划有限公司共占天圆广场项目40%股份,广东珠江实业发展有限公司占40%股份,广东珠江投资有限公司占20%股

份。2002年7月17日,左安一应哈尔滨市香坊区政府的要求,将北京天圆广场中美国天圆公司、北京市天圆投资策划有限公司所占40%股权质押给兴业公司。2002年9月30日,左安一被哈尔滨市公安机关刑事拘留。

又查明:1996年10月底11月初,左安一把其从香坊营业部所借用于长青大厦、元泰大厦等项目全部资金陆续转入北京国际信托投资有限责任公司(以下简称北国投)共计人民币1.715亿元。1996年11月7日至1998年4月23日,左安一将转入北国投的部分资金调换成1359.8万美元(约合人民币1.1354亿元),先后分七次汇往其开办的美国天圆公司。1997年1月,左安一从美国天圆公司调回624万美元(约合人民币5210万元)到北京元泰物业发展有限公司账户上用于公司验资,美国天圆公司账面上尚留有735.8万美元。左安一从香坊营业部拆借的2亿元人民币当中,有证据证实资金走向的为人民币1.07383亿元。

案发后,公安机关扣押左安一人民币8800元及核计人民币66.9万元的德国产奔驰牌S600型轿车1辆、瑞士产伯爵牌18K铂金手表1块、名人字画6幅。

上述事实有下列证据证实:

1. 1996年10月,哈尔滨天圆公司与香坊营业部、兴业公司签订3份共拆借人民币1亿元的《合作协议》,协议约定年利息15%,提前返息2%。香坊营业部的转款凭证证实,香坊营业部于1996年10月14日、10月15日、10月18日先后三次转入哈尔滨天圆公司人民币9800万元。上述情况与左安一供述及陈君证实相一致。

2. 国家计划委员会《关于中国老年活动中心及老年康乐大厦项目可行性研究报告的复函》证实,该项目总投资5000万美元,建筑面积8万平方米,资金来源全部利用外资解决。

3. 纽约天圆公司与北京老年服务开发公司于1996年9月14日签订的《关于合作建设中国老年活动中心项目意向书》证实,双方形成共同开发建设长青大厦的意向。

4. 中国老龄协会与香港乐天发展股份有限公司签订的《关于合作建设中国老年活动中心项目的协议书》,香港瑞城国际有限公司、香港美坡企业有限公司、北京老年服务开发公司签订的《长青有限公司股权转让协议》及北京老年服务开发公司负责人袁秀石工作日记等证实,经过股权依法转让,中国老年活动中心建设项目(长青大厦)由中国老龄协会所属北京老年服务开发公司与香港乐天发展股份有限公司所属香港瑞城国际有限公司合作建设,合作双方签订协议书的时间为1996年10月29日。

5. 中国老龄协会、北京老年服务开发公司负责人唐武全、袁秀石证言证实,经研究,放弃与美国天圆公司合作建设长青大厦,通知左安一的具体时间为1996年10月30日。

6. 黑龙江振业会计师事务所审计报告证实,哈尔滨天圆公司与香坊营业部签订国债回购协议,哈尔滨天圆公司从香坊营业部五次拆入资金3300万元人民币。

7. 香坊营业部、兴业公司共同与哈尔滨天圆公司签订的三份《合作协议》证实,

1996年5月9日、5月16日、6月12日，为开发建设北京元泰大厦项目，哈尔滨天圆公司从香坊营业部拆借人民币6700万元。

8. 北国投于2003年1月23日出具的《关于为天圆投资策划公司查账的说明》证实，从1996年11月至1998年9月，北京市天圆投资策划公司共汇到北国投人民币1.715亿元，北国投根据左安一的指令将人民币兑换成1359.8万美元（约合人民币1.1354亿元），汇往美国天圆公司，余下人民币5796万元用于在北国投外汇买卖，亏损690万美元（约合人民币5762万元）。北国投出具的北京市天圆投资策划公司买卖外汇交易确认书证实，北京市天圆投资策划公司买卖外汇亏损690万美元（约合人民币5762万元）。证人江国永证实，他受雇于左安一在北国投炒外汇期货，亏损了6000余万元人民币。上述证实与左安一供述相吻合。

9. 北京建宏信会计师事务所出具的《北京元泰物业发展有限公司审计报告》证实，元泰大厦项目中，外方注册资金为624万美元，占注册资金总额的52%。与左安一供述从汇到美国天圆公司的资金中，转汇到北京元泰物业账户上的624万美元，与元泰项目验资相吻合。

10. 《北京元泰物业发展有限公司股权转让合同》、《关于修改北京元泰物业发展有限公司合同、章程的协议》、《补充协议》、北京市对外经济贸易委员会《关于北京元泰物业发展有限公司股权转让合同、章程修改协议的批复》等书证证实，左安一在北京争取元泰大厦项目中，与北京市建筑材料集团总公司、元泰（香港）实业投资公司以及北京市政府有关部门所做的工作。上述书证与左安一的供述及证人陈君的证实相吻合。

11. 北京市发展计划委员会《关于合作成立北京天圆广场房地产开发有限公司可行性研究报告的批复》、北京市规划委员会关于天圆广场房地产项目《规划意见书》、美国天圆公司、天圆实业公司与广东珠江实业发展有限公司、广东珠江投资有限公司签订的《北京世纪天圆广场房地产开发有限公司股权转让协议》、美国天圆公司签署的《股权质押保证书》等书证证实的情况与左安一关于在北京开发天圆广场项目的供述相吻合。

12. 香坊营业部给哈尔滨天圆公司转款凭证，哈尔滨天圆公司给北京天圆投资策划有限公司转款凭证，北京天圆投资策划有限公司给北国投转款凭证，证实左安一拆借的部分资金流向。

13. 公安机关收集的哈尔滨天圆公司、香坊营业部、兴业公司、北国投的营业执照，美国天圆公司注册收据等书证材料，证实涉案相关企业的性质、营业范围、注册资金以及注册时间等情况。

14. 证人陈君证实，1995年1月，我们与左安一签订了人民币3300万元的国债回购协议，左安一在北京搞房地产，另外与大庆庆大集团做生意，到期本金也没返回来，重新签了一个3300万元的回购合同，目的是为了延期。1995年5月到6月，陆续开始拆借6700万元，两年期，年利率20%，扣息5%，用于元泰项目，用于验资，我和王东去

考察的。1996 年 10 月,又拆借 1 亿元用于长青大厦,我们也去考察了,认为可行。长青大厦项目没下来,就搞天圆广场项目。这 1.67 亿元资金是以香坊营业部与兴业公司共同跟哈尔滨天圆公司合作。

15. 公安机关出具的扣押财物清单,证实从上诉人左安一处扣押汽车、手表、名人字画及部分现金。

16. 有物价部门对扣押财物价格鉴定材料证实。

以上证据,来源合法,具有证据效力,本院予以确认。

本院认为,现已查明确认的证据表明,上诉人左安一以美国天圆公司的名义与北京老年服务开发公司达成合作建设长青大厦的意向客观存在,并非虚构事实;香坊营业部负责人经实地考察,确认该项目可行,遂与哈尔滨天圆公司签订合作协议,向其拆借资金,其行为不是受骗所为;左安一在香坊营业部按照协议将 9 800 万元资金汇入哈尔滨天圆公司账户后才得知北京老年服务开发公司取消与其合作,该资金并非左安一以欺骗手段所得。上诉人左安一的"主观上没有非法占有香坊营业部资金的目的,客观上没有实施诈骗行为,与香坊营业部发生的拆借资金行为属于民事借贷关系,自己无罪"的上诉理由和其辩护人提出的一审判决认定左安一的行为构成诈骗罪的理由与案件事实不符,左安一没有实施诈骗行为,不具备诈骗罪的客观要件及不具备诈骗罪的主观要件的辩护意见有理,本院予以采纳。此外,左安一取得 9 800 万元人民币的支配权并得知长青大厦项目被取消后,连同此前与香坊营业部合作建设元泰大厦项目等拆借的资金共计人民币 1.715 亿元汇到北国投,现有证据能够证明资金走向的为 1.07383 亿元,其余款项走向不明,用途不清,亦不能证明左安一取得该资金行为时的性质。综上,本案现有证据不足以证明左安一以非法占有为目的骗取他人财物,原审判决据以认定左安一犯诈骗罪的事实不清,证据不足。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第(三)项、第 162 条第(三)项和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 176 条第(四)项之规定,判决如下:

一、撤销黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2005)哈刑初字第 357 号刑事判决。

二、上诉人左安一无罪。

本判决为终审判决。

审　判　长　苏晓明
代理审判员　刘春鸣
代理审判员　张伟珍
2007 年 7 月 26 日
书　记　员　梁洪涛

张文中诈骗案法理研究

——诈骗行为的认定及单位诈骗的处理*

赵秉志**　左坚卫***

一、选案理由

张文中一手缔造的物美零售王国在北京市商品零售市场占有举足轻重的地位。2007年,物美集团的销售规模达280亿元,成为北京最大的零售企业,跻身国家500强企业的第184位,居全国连锁零售业第7位。就在他指挥物美集团快速扩张的时候,一个本与他无关的偶然事件却将他卷入了一起以他为主角的重大刑事诉讼当中。2008年10月9日,河北省衡水市中级人民法院以张文中犯诈骗罪、单位行贿罪、挪用资金罪数罪并罚,判处有期徒刑18年,并处罚金50万元。2009年3月20日,河北省高级人民法院二审认定上述三个罪名成立,但改判为有期徒刑12年,并处罚金50万元。终审判决的法槌敲下,似乎意味着关于张文中有罪还是无罪之争已盖棺定论。然而,有时候,盖棺未必能定论。在笔者看来,张文中案就属于这种情形。关于本案,曾有多位刑事法专家提出过与一、二审判决结论不同的意见,这些意见涉及张文中被指控和认定的三项罪名。刑事法专家与司法机关的观点分歧,提醒我们需要更深入、全面地审查和思考本案事实真相以及法律适用问题。

二、基本案情

一审法院认定:2002年初,物美控股集团有限公司(以下简称物美集团)原董事长、本案被告人张文中得知国家对重点企业、重点项目实行国债贴息补贴政策,遂与张伟春(本案另一被告人、物美集团原行政总监)、公司总裁张斌等人商议此事,并委派张伟春到国家经贸委等部门进行了咨询。在得知该批国债贴息资金主要用于支持国有企

---

* 本案司法机关认定被告人张文中犯有诈骗罪、单位行贿罪、挪用资金罪三项罪行,限于篇幅,本文仅对其中的诈骗问题展开研究。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长。

*** 北京师范大学刑事法律科学研究院中国刑法研究所副所长、教授、硕士生导师。

业技术改造项目,物美集团作为民营企业不属于国债贴息资金支持范围的情况下,张文中与张伟春商量后决定以中国诚通控股集团有限公司(中央直属国有企业,以下简称诚通公司)下属企业的名义进行申报。为此,张文中与诚通公司董事长田源多次联系,田源答应了张文中的要求。在张文中的指使下,张伟春等人以虚假材料编制了物美集团技改项目可行性研究报告,以诚通公司下属企业的名义上报国家经贸委。物流项目获得审批后,物美集团既未实施,也未向银行申请贷款;物美集团以信息化项目为名,以与和康友联技术有限公司签订虚假设备采购合同和开具虚假发票为手段,获得1.3亿元贷款,用于公司日常经营,未实施信息化项目。2003年10月29日,财政部将3 190万元国债贴息资金拨付到诚通公司,后诚通公司将该款汇入物美集团账户,物美集团将该款用于偿还公司贷款。案发后,已追缴赃款3 190万元。

基于上述认定,一审法院判决张文中犯诈骗罪,判处有期徒刑15年,并处罚金50万元。

二审法院认定的基本案情与定性与一审法院一致,但考虑到案发后诈骗款项已全部追缴,未给国家造成实际经济损失;同时考虑到张文中从事诈骗犯罪的目的不是为了个人占有,故决定对张文中从轻处罚,以诈骗罪改判张文中有期徒刑10年,并处罚金50万元。

三、裁判要旨

将诈骗犯罪所得归于其所在单位,同样具有严重的社会危害性,应当依法追究其刑事责任。将诈骗犯罪所得归于其单位的行为,是对犯罪所得的处分,不影响对个人诈骗犯罪的认定,以诈骗罪追究其刑事责任并不违反罪刑法定原则。

四、引发的理论问题

在本案的诉讼过程中,控辩审三方主要对以下两个问题存在重大分歧:

(一)本案中是否存在诈骗犯罪事实?审理本案的两级法院均抓住物美集团在申报2002年国债贴息资金的过程中,冒用了自己是国有企业诚通公司下属企业的名义进行申报这一事实,进而认定张文中是骗取国债贴息资金,其行为构成诈骗罪。张文中及其辩护人则认为,物美集团只是借用诚通公司这一渠道递交申报国债贴息资金的材料,物美集团完全符合申报条件,并没有欺骗国家经贸委,因而不存在诈骗行为,更不构成诈骗罪。由此产生的问题是,诈骗罪中的虚构事实、隐瞒真相行为与危害结果之间应当具有怎样的关系?具体而言,在本案中,是否只要物美集团在申报项目资金的过程中虚构了事实,就必然属于诈骗财物的行为?

(二)被告人张文中的涉案行为究竟属于单位行为还是个人行为?辩方认为,张文中的涉案行为属于典型的单位行为,而控方以及两审法院却认为,张文中的行为属

于个人行为，只不过是将诈骗犯罪所得归于其单位，这是对犯罪所得的处分，不影响对个人诈骗犯罪的认定。由此引发的理论问题是，如何区分刑法中的单位行为和个人行为。

除了上述与本案案情直接相关的问题，还有一个引申出来的问题也值得探讨，那就是对于单位实施的普通诈骗行为，能否以诈骗罪追究直接负责的主管人员的刑事责任？这一问题在理论上争议很大，在法律规定上也不无疑问，值得认真思考。

五、张文中是否实施了诈骗行为

根据本案的一、二审判决书，两级法院认定张文中犯诈骗罪的事实根据可以概括为以下四个方面：(1) 张文中明知物美集团没有资格申报国债贴息资金，仍然冒充国企进行申报。(2) 张文中指使张伟春等人编制虚假材料，向国家申报国债贴息资金。(3) 物美集团未实施申报国债贴息资金获批的物流及信息化项目。(4) 在申报到国债贴息资金后，物美集团未按规定使用该国债贴息资金和专项贷款。辩方则针锋相对地辩称：(1) 张文中一直认为物美集团完全有资格申报国债贴息资金；(2) 张文中从来没有指使张伟春等人编制虚假材料，向国家申报国债贴息资金；(3) 物美集团积极实施了获批的物流及信息化项目，只是由于不可抗力而未能完全按原计划实施；(4) 物美集团未按规定使用国债贴息资金和专项贷款，不能说明张文中诈骗了国债贴息资金。

显然，辩审双方所认为的本案事实完全相反。事实真相究竟如何？对这一问题的探寻涉及如何把握客观真实与法律真实的关系问题。关于何为客观真实，何为法律真实，在理论上存在争议。笔者认为，如果是在终极真理意义上使用“客观真实”这一术语，那么，我们能够追寻的只能是法律真实。按照法律真实的要求，现有证据所能够证明的事实，即属于司法机关应当认定的事实，而“在发现和认定案件事实的过程中，必须尊重体现一定价值的刑事程序的要求，在对案件事实的认识达到法律要求的标准时，即可定罪量刑，否则，应该宣布被追诉人无罪。而所谓法律要求的标准是指法律认为对事实的认识达到据此可以对被告人定罪的标准，这种标准可以表述为‘排除合理怀疑的标准’，但不要求是绝对的客观上的真实。”①同时，“我们所倡导的法律真实观并不反对诉讼认识对客观真实的追求，相反，我们的法律真实充分考虑了实质性的正义理想，并以客观真实理论作为自己更深层次的价值根基。”②显然，我国刑事诉讼追求的是以客观真实为终极目标的法律真实，易言之，如果要对被告人定罪，必须有足够的

---

① 参见樊崇义、锁正杰、吴宏耀等：《刑事证据前沿问题研究》，载《证据法论坛》第1卷，中国检察出版社2000年版，第208—209页。

② 参见钟新文、杨波：《在客观真实与法律真实之间——对刑事判决证明标准的再思考》，载《吉林大学社会科学学报》2004年第6期。

证据加以证明的法律事实存在,这些法律事实能够满足刑法所规定的犯罪构成的全部要件。

那么,本案两审法院在对张文中的涉案行为进行定性时,达到了法律要求的标准吗?要回答这一问题,首先需要清楚法律要求的认定诈骗罪的标准是什么。我国刑法对诈骗罪的描述采用的是简单罪状,仅表述为"诈骗公私财物,数额较大"。这难免给我们把握诈骗罪的基本构造,确定法律要求的认定诈骗罪的标准带来困难。为解决此问题,需要考察国外的刑法理论及司法实践。大陆法系国家的刑法理论与审判实践普遍认为,除了行为对象与行为人的故意与目的外,诈骗罪(既遂)在客观上必须表现为一个特定的行为发展过程:行为人实施欺骗行为——对方陷入或者继续维持认识错误——对方基于认识错误处分(或交付)财产——行为人取得或者使第三者取得财产——被害人遭受财产损失。① 根据诈骗罪在客观方面表现出的上述特征,成立诈骗罪在客观上并非存在欺骗行为和财产损失即可,还要求欺骗行为与对方陷入或者维持认识错误之间,对方认识错误与处分财产之间,以及对方处分财产与行为人取得或者使第三人取得财产之间存在因果关系。基于这样的要求,本案两审法院至少应当查明存在以下事实,才能认定张文中犯有诈骗罪:(1) 张文中在物美集团申报国债贴息资金的过程中实施了欺骗行为;(2) 张文中的欺骗行为使国家经贸委负责审批国债贴息资金的工作人员陷入认识错误;(3) 有关工作人员由于这种认识错误而把国债贴息资金批给了物美集团。下面,我们围绕这方面的问题展开探讨。

(一) 张文中在物美集团申报国债贴息资金的过程中,是否实施了欺骗行为?

两审法院认为,张文中明知物美集团没有资格申报国债贴息资金,仍然冒充国企进行申报,而且,张文中还指使张伟春等人编制虚假材料,向国家申报国债贴息资金,因此,张文中在物美集团申报国债贴息资金的过程中,实施了欺骗行为。辩护方则认为,被告人张文中一直认为物美集团有资格申报国债贴息资金,根本没有也不可能在物美集团申报国债贴息资金的过程中实施欺骗行为。何方观点更能成立,需要用证据来说话。"在两大法系国家,由于证据裁判原则的确立,法官查明案件事实均须依据证据"②,证据是法治的基石,是实现司法公正的基石,打官司就是打证据。因此,谁用以证明己方观点的证据更充分,更能服人,谁的结论就应当被接受。两审法院认为张文中在物美集团申报国债贴息资金的过程中实施了欺骗行为的思路是:民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金——由于民营企业没有资格申报,张文中只能考虑让物美集团冒充国有企业进行申报——于是,他同意了张伟春提出的让物美集团冒充诚通公司的下属企业进行申报的建议。而辩方认为张文中没有实施欺骗行为的思路则是,民

---

① 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第8页。

② 陈卫东、付磊:《我国证据能力制度的反思与完善》,载《证据科学》2008年第1期。

营企业有资格申报2002年国债贴息资金——由于民营企业有资格申报，张文中根本无需考虑让物美集团冒充国有企业进行申报——他同意物美集团通过诚通公司申报，是因为他认为这种申报途径也是被允许的和可行的。下面，笔者根据双方采用的证据，来分析哪一种观点更能够成立。

1. *物美集团作为民营企业是否有资格申报2002年国债贴息资金*

物美集团作为民营企业是否有资格申报2002年国债贴息资金，是认定张文中是否存在欺骗行为的第一环。假如物美集团作为民营企业有资格申报国债贴息资金，他就用不着让物美集团冒充国有企业进行申报，也就缺乏进行欺骗的行为基础。

（1）两审法院认为物美集团作为民营企业没有资格申报国债贴息资金的根据

两审法院认为物美集团作为民营企业不属于国债贴息资金支持范围，亦即没有资格申报2002年国债贴息资金，根据的是三组证据。第一组证据是原国家经贸委等部门下发的文件。这些文件主要包括原国家经贸委等四部门发布的“国经贸投资[1999]886号”《关于印发〈国家重点技术改造项目管理办法〉和〈国家重点技术改造项目国债专项资金管理办法〉的通知》，原国家经贸委投资与规划司于2002年2月27日下发的“投资[2002]075号”《关于组织申报2002年国债技术改造项目的通知》。第二组证据是被告人张文中、张伟春在侦查阶段的讯问笔录。第三组证据是原国家经贸委工作人员李新、李琳、门晓伟的证言。在上述证据中，最具有证明力的显然是第一组原始书证，即原国家经贸委等部门下发的文件。如果上述文件明确规定民营企业不得申报2002年国债贴息资金，那么，物美集团作为民营企业就显然没有资格申报，即使被告人和证人都说有资格申报，也应当认定为没有资格申报；反之，如果上述文件明确规定民营企业有资格申报，那么，即使被告人和证人都说民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金，仍然应当认定为有资格申报。一审判决认为，**原国家经贸委等四部门发布的“国经贸投资[1999]886号”《通知》及其附件记载，国家重点技术改造项目的确定，以加快国有企业技术进步和产业升级为目标；国家重点技术改造项目的企业选择，重点从512户重点企业、120户试点企业集团和行业骨干企业中选择领导班子强、管理好、银行信用等级高的国有大型企业和国有控股大型企业。**[①] 一审判决根据上述文件内容，认定只有国有大型企业和国有控股大型企业才有资格申报2002年国债贴息技术改造项目，而物美作为民营企业没有资格申报。

（2）辩方认为物美集团有资格申报2002年国债贴息资金的根据

辩方针对控方的指控以及一审法院的认定，也针锋相对地组织了三组证据来证明物美集团有资格申报2002年国债贴息资金。

第一组证据也是国家经贸委的有关文件。辩方认为，两审法院所依据的任何一个

---

① 文中黑体部分内容系引用本案两审判决书或者张文中辩护人二审辩护词。

文件,都没有规定民营企业不得申报2002年国债贴息资金,两审法院对有关文件内容的理解是错误的。

首先,“国经贸投资[1999]886号”《通知》为民营企业申报国债贴息资金留有一席之地。辩方认为:“‘国经贸投资[1999]886号’《通知》只是强调国家重点技术改造项目的确定,是以加快国有企业技术进步和产业升级为目标,并没有规定不得将民营企业的项目列为国家重点技术改造项目。对于国家重点技术改造项目的企业选择,该通知也只是规定重点从512户重点企业、120户试点企业集团和行业骨干企业中选择国有大型企业和国有控股大型企业,并没有说只能从这些企业中选择。这就为民营企业留了一席之地。”

其次,“投资[2002]075号”《关于组织申报2002年国债技术改造项目的通知》,不但没有排斥民营企业申报国债贴息技改项目,而且对以促进产业升级为目标的项目采取的是对各种所有制企业一视同仁的态度。辩方认为,原国家经贸委投资与规划司于2002年2月27日专门针对2002年国债技改项目申报工作下发的、对确定申报2002年国债贴息技改项目主体范围具有关键性作用的“投资[2002]075号”《关于组织申报2002年国债技术改造项目的通知》,不但没有排斥民营企业申报国债贴息技改项目,而且对以促进产业升级为目标的项目采取的是对各种所有制企业一视同仁的态度:“仔细阅读原国家经贸委‘投资[2002]075号’《通知》的内容就能发现:第一,该《通知》在整体上没有对民营企业和国营企业申报国债贴息项目进行区别对待;第二,对于‘促进产业升级’的项目,该《通知》对民营企业和国营企业同未作任何区别对待,不但不禁止民营企业申报,而且对民营企业连歧视都不存在;第三,该《通知》虽然对部分项目规定‘重点支持国有和国有控股的大型骨干企业’,或‘充分支持国有大中型煤炭企业安全设施的更新改造’等,但也未排斥民营企业申报。显然,‘投资[2002]075号’《通知》既没有明文规定民营企业不得申报2002年国债技改项目,也没有暗含任何2002年国债技改项目只能由国有企业或者国有控股企业申报的内容,而且,对于以‘促进产业升级’为目标的项目,‘投资[2002]075号’《通知》完全没有区分企业性质”。辩方认为,相比较而言,前述“国经贸投资[1999]886号”《通知》只是针对国家重点技术改造项目所作的原则性规定,并且是在1999年9月印发的,而“投资[2002]075号”《通知》则是专门针对2002年国债技改项目申报工作而发布的特别规定。正是在2001年,由于国企三年改革与脱困目标已经实现,中国正式加入WTO,国债技改贴息政策作出了重要调整,发生了重大变化。因此,对确定申报2002年国债贴息技改项目主体范围具有关键性作用的,是“投资[2002]075号”《通知》;据以确定2002年国债技改贴息资金支持范围的文件,也只能是“投资[2002]075号”《通知》及其附件。也就是说,对认定物美是否有资格申报2002年国债贴息技改项目具有决定性作用的,是原国家经贸委“投资[2002]075号”《通知》。“国经贸投资[1999]886号”《通知》由于本身不明确、不具体、

不详细、不具有针对性,并且与已经作出重大调整的国债技改贴息政策不符,显然不能直接用来确定2002年国债技改贴息资金支持的范围。

再次,原国家经贸委2003年3月17日下发的《2003年第二批国债专项资金国家重点技术改造项目投资计划表》(即2002年物美集团申报的那批项目)证明民营企业不但有资格,而且事实上成功地申报到了2002年国债贴息资金。辩方认为,原国家经贸委2003年3月17日下发的《2003年第二批国债专项资金国家重点技术改造项目投资计划表》的内容证明,在与物美同时取得该期国债贴息资金支持的企业中,还有六家属于民营企业或者非国有企业,除非有证据证明这六家非国有企业都是在没有资格申报2002年国债贴息资金的情况下,通过非法的手段取得了国债贴息资金支持的项目,否则,这六家非国有企业获得国债贴息资金支持的事实就充分证明民营企业有资格申报2002年国债贴息资金。

最后,原国家经贸委投资司的有关请示的内容,进一步证明了原国家经贸委的有关文件是完全允许民营企业申报国债贴息资金的。辩方认为:"2002年6月24日原国家经贸委投资司的'关于下达第八批国债技改项目计划的请示',原国家经贸委根据领导指示精神,剔除了8个不符合要求的中外合资企业和私营企业的项目。这一事实进一步证明,根据原国家经贸委的有关文件规定,民营企业完全有资格申报国债贴息资金。这是因为,之前这8个最终被剔除的中外合资企业和私营企业的项目之所以能够申报上来,显然是因为企业本身以及有关审批人员都认为,根据原国家经贸委的有关文件规定,中外合资企业和私营企业都有资格申报国债技改项目,否则早就在此前的审批中就应将这些企业剔除了,而不会等到出现该领导指示的时候,才将这些企业剔除。能够从已经申报到国家经贸委的项目中'剔除8个不符合要求的中外合资和私营企业项目',充分说明原国家经贸委的有关文件没有禁止包括中外合资企业和私营企业在内的民营企业申报2002年国债贴息项目,而是允许民营企业申报,否则就不可能有这么多中外合资企业和私营企业的项目层层上报到原国家经贸委,并且在原国家经贸委负责审批的官员那里获得通过,直到领导作出指示后,才根据领导指示的精神被剔除。而且事实上,项目最终获得审批的江苏盐城丰东热处理有限公司就是一家中外合资企业,也就是说,即便是在领导指示作出后,也并非所有的中外合资企业和私营企业申报的项目都被剔除了。"

辩方还通过调查当时的政策背景以及民营企业的经济环境,来印证有关文件不可能排斥民营企业申报2002年国债贴息资金。辩方找到一些媒体资料证明,原国家经贸委主任李荣融以及投资与规划司司长甘智和在2001年11月份先后公开向国家重要新闻媒体宣布,2002年的国债技改贴息将对各种所有制一视同仁;破除企业所有制界线在2001年已经纳入原国家经贸委2002年国债技术改造工作范围;甚至早在2000年,李荣融同志就已经表示国债技改贴息将面向非公经济。并指出前述"投资[2002]075

号"《通知》的内容与2001年11月李荣融主任宣布、甘智和司长强调的2002年国债技改贴息对各种所有制一视同仁的政策是完全一致的。如果认真审阅"投资[2002]075号"《通知》的内容,同时考虑到该《通知》是在李荣融主任及甘智和司长关于"中国国债技改贴息将对各所有制一视同仁"的公开讲话广为传播之后制定并发布的,其内容绝不可能和李荣融主任及甘智和司长的公开讲话对立,就可以十分清楚地得出结论:民营企业完全有资格申报2002年国债贴息资金;对以"促进产业升级"为目标的申报项目,"投资[2002]075号"《通知》采取的是对不同所有制企业一视同仁的态度。对该《通知》为什么允许民营企业申报国债贴息资金,甘智和司长还作出了另一番务实的解释,他说,"随着国债贴息范围的扩大,出现了一些新的问题,如有些行业的优势企业不一定都是国有企业,也有的是民营企业、股份制企业等;""针对这些情况经请示领导,从2002年开始,国债贴息资金的支持范围在企业类型上有所松动,开始扩展到民营企业、股份制企业等其他所有制的优势企业。"

第二组证据是被告人的辩解。辩方认为,本案被告人张文中和张伟春在检察机关审查起诉阶段以及庭审中,都清楚地陈述了物美集团有资格申报2002年国债贴息资金,从而推翻了他们原来的供述,其原来所作的关于物美集团没有资格申报2002年国债贴息资金的供述已经不能成立。

第三组证据也是证人证言。辩方认为,两审法院采信的证人证言也没有说过有关文件规定民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金。

辩方认为,一审判决认为物美作为民营企业不属于国债贴息资金支持范围所依靠的另一组重要证据,是原国家经贸委投资与规划司的工作人员李新处长、李琳副司长的证言。二人均为甘智和司长的直接下属,他们对前述李荣融主任、甘智和司长关于从2002年开始,中国国债技改贴息将对各种所有制企业一视同仁的讲话内容不可能不知道,更不可能对2002年国债贴息政策产生与两位领导对立的认识。事实上,他们在证言中也根本没有说有关文件规定民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金。仔细分析此二人的证言以及其他原国家经贸委官员的证言就能发现,这些证人证言不但不能证明物美作为民营企业不属于国债贴息资金支持范围,反而能够印证原国家经贸委的有关文件并没有排除民营企业有资格申报国债技改项目和获得国债贴息资金,有关的领导指示的内容也不是民营企业申报项目不予批准。

首先,原国家经贸委官员从未说过有关文件规定民营企业没有资格申报2002年债国贴息资金;甘智和司长更是清楚地指出,民营企业有资格申报2002年国债贴息资金。

证人李新、李琳都是2002年国债技改项目的审批人,他们二人最清楚"投资[2002]075号"《通知》是否将民营企业排除在了国债贴息资金申报主体之外。然而,在李新、李琳的证言中,根本没有提到原国家经贸委的文件对民营企业申报国债技改项目的态度,这实际上意味着他们也认为有关文件并没有规定民营企业不属于国债贴

息资金支持的范围。这与原国家经贸委的其他官员的看法是完全一致的。事实上,在公诉机关以及辩护人调查获取的原国家经贸委官员的所有证言中,没有一份说过当时的有关文件将民营企业排除在申请国债贴息资金的主体范围之外。例如:证人郝雅风(原国家经贸委投资规划司助理巡视员)证明:“文件上没有明确规定民营企业与国有企业是否有区别”;证人丁彤(原国家经贸委投资司投资处助理调研员)证明:“我们司里对于民营企业是否符合申报条件没有下过明确的文件”;证人门晓伟(原国家经贸委贸易市场局助理巡视员)证明,据她所知国家没有禁止国债贴息资金支持民营企业,这说明在她看来,当时的国家文件以及原国家经贸委内部均没有禁止国债贴息资金支持民营企业。而甘智和司长更是清楚地指出,从 2002 年开始,国债贴息资金的支持范围扩展到民营企业、股份制企业等其他所有制的优势企业。而且,李荣融主任关于国债技改贴息“对各种所有制企业均实行国民待遇”的公开讲话,是原国家经贸委 2002 年什么样的企业能够申报国债贴息项目的最明确、最准确、传播最广泛的表述。从这些对原国家经贸委的有关文件内容和精神把握得最为清楚和透彻的证人证言可以清楚地看到,原国家经贸委“投资[2002]075 号”《通知》根本没有将民营企业排除在申报国债贴息资金主体范围之外,也没有任何其他政府文件规定民营企业没有资格申报国债贴息资金。

其次,李琳、李新在证言中提到的领导指示,至多只是要求剔除不符合要求的“中外合资企业”和“私营企业”申报的项目,并没有不允许它们申报或者要剔除它们申报的所有项目的意思,更不涉及物美这类“其他有限责任公司”。

在李琳、李新的证言中,提到一个所谓领导指示,说该领导指示内容是国债贴息资金不支持民营企业或者要剔除民营企业和合资企业为主体的申报项目。本案两审法院以此作为民营企业没有资格申报国债贴息资金的根据。辩护人认为,结合有关书证来看,李琳、李新的上述说法显然是不能成立的,该领导指示的内容既与物美没有任何关系,也绝不是民营企业申报国债贴息项目不予审批,或者是要剔除所有民营企业和合资企业为主体申报的项目。理由有四:第一,根据原国家经贸委投资司的请示,当时剔除的是 8 家“中外合资企业”和“私营企业”申报的项目,而不是物美这类“其他有限责任公司”申报的项目。在 2002 年 6 月 24 日原国家经贸委投资司的“关于下达第八批国债技改项目计划的请示”中,确实提到根据领导指示精神,剔除了 8 个不符合要求的中外合资企业和私营企业的项目。其原文是:“根据您(指当时任原国家经贸委副主任的谢旭人)6 月 18 日听取我司关于第八批国债技改项目计划编制情况汇报时的指示精神,我们对该项目计划草案作了进一步调整。其中,剔除了 8 个不符合要求的中外合资和私营企业的项目。”而根据用于指导项目填报事宜的“SIIM 系统项目上报子系统表格填写说明”,申报企业应填写的企业类型是在“国有”、“国有联营”、“集体”、“私营”、“中外合资”、“其他有限责任公司”等 23 种当中进行选择(见“SIIM 系统项目上报子系

统表格填写说明”第4页附件二）。显然，“其他有限责任公司”是与“中外合资企业”和“私营企业”并列的企业类型，剔除“中外合资企业”和“私营企业”的项目并不包括剔除“其他有限责任公司”的项目。而物美恰好属于“其他有限责任公司”。因此，根据原国家经贸委投资司的请示，李琳、李新提到的领导指示并不包含要剔除物美这类“其他有限责任公司”申报的项目的内容。第二，从原国家经贸委投资司的有关请示来看，该领导指示并不是要剔除所有“中外合资企业”和“私营企业”申报的国债贴息项目。仔细分析投资司的请示，可以看到他们根据领导指示只是剔除了8个“中外合资企业”和“私营企业”申报的项目，而没有剔除所有的“中外合资企业”和“私营企业”申报的项目。而且，剔除的原因是这些企业申报的项目不符合要求。这意味着，它们并非完全是因为属于“中外合资企业”和“私营企业”所申报的项目而被剔除，而主要是因为不符合文件规定的申报条件而被剔除。也就是说，该领导指示的内容并不是要剔除所有“中外合资企业”和“私营企业”申报的项目，那些符合要求的“中外合资企业”和“私营企业”申报的项目还是能够得到批准的。第三，从原国家经贸委投资司的有关请示来看，对于“中外合资企业”和“私营企业”之外的其他非国有企业申报的项目，该领导指示不但没有说要剔除，而且没有说要与国有企业申报的项目区别对待。显然，从原国家经贸委投资司的有关请示来看，对于“中外合资企业”和“私营企业”之外的其他非国有企业申报的项目，该领导指示并没有涉及。也就是说，该领导指示不但没有说要剔除“中外合资企业”和“私营企业”之外的其他非国有企业申报的项目，而且没有说要对这些企业申报的项目与国有企业申报的项目区别对待。因此，物美这类“中外合资企业”和“私营企业”之外的其他非国有企业申报的项目，显然不在“剔除”活动的考虑范围之内。退一步说，如果真的是要剔除所有的非国有企业，那么原国家经贸委岂不是自己公然违背其主任面对世界作出的庄严承诺？岂不是自己公然违背其发布的“投资[2002]075号”《通知》的内容？这显然是不可能的。第四，即便是在签报中提及的领导指示作出以后，除物美之外，也仍然有六家民营企业的项目得到了批准。这就充分说明，当时的领导指示的内容绝不是所有中外合资企业和私营企业申报项目均不予审批，更不是所有非国有企业申报的项目都不予审批，否则，至少另外六家民营企业也应当被剔除。可见，从有关证人证言中并不能得出民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金的结论。

辩护人在辩护意见当中，通过分析时任国家经贸委主任的李荣融同志以及时任经贸委投资与规划司司长的甘智和同志的公开讲话的内容，原国家经贸委“国经贸投资[1999]886号”《通知》以及“投资[2002]075号”《通知》的内容，并结合除物美外还有六家民营企业获得了2002年国债贴息资金支持的事实，论证了物美作为民营企业有资格申报国债贴息资金。在笔者看来，相比较而言，辩方用以证明民营企业有资格申报2002年国债贴息资金的证据，远比两审法院用以证明民营企业没有资格申报2002年

国债贴息资金的证据要扎实、充分。辩方的证据属于证明能力很强的书证，这些书证从政策背景到文件规定再到审批结果，系统地证明了民营企业有资格申请并且事实上也有多家民营企业申请到了 2002 年国债贴息资金。而两审法院实际上是仅凭"国经贸投资[1999]886 号"《通知》中"国家重点技术改造项目的确定，以加快国有企业技术进步和产业升级为目标"这句话，便认定民营企业没有资格申报 2002 年国债贴息资金。如此认定，显然没有考虑此后的 2001 年，由于国企三年改革与脱困目标的实现以及中国正式加入 WTO，国债技改贴息政策作出了重要调整，发生了重大变化，忽视了对判断 2002 年国债贴息支持范围具有决定性作用的"投资[2002]075 号"《通知》，也违背了确有多家民营企业申请到了 2002 年国债贴息资金这一基本事实。基于对双方证据的比较，笔者认为，两审法院对民营企业是否有资格申报 2002 年国债贴息资金的判断，采取的不是一种尊重法律事实的公正态度，恐怕经不起推敲。

既然物美集团有资格申报 2002 年国债贴息资金，张文中也就没有必要让物美集团去冒充国有企业进行申报了，这样，指控张文中指示物美集团冒充国有企业去申报国债贴息资金也就失去了前提。

2. 张文中对民营企业是否有资格申报 2002 年国债贴息资金持何种认识

尽管物美集团作为民营企业有资格申报 2002 年国债贴息资金，但是否存在这种可能，即张文中的认识发生了错误，以为民营企业没有资格申报呢？两审法院就是这么认为的，即张文中主观上认为民营企业没有资格申报 2002 年国债贴息资金。两审法院作出上述判断的根据是以下证据：(1) 张伟春的一份讯问笔录。在张伟春的一份讯问笔录中，说到他通过咨询和查阅文件，得知"国债专项资金是针对国有企业进行系统改造所需资金而予以支持的，民营企业不属于被支持的范围"，并"如实向张文中作了汇报"。(2) 张文中的一份讯问笔录。张文中本人在一份讯问笔录中也曾说过，张伟春"感到物美不是国家重点支持企业，按规定程序申报不可行"。

对两审法院的上述认定以及所依靠的证据，辩方完全不能接受。辩方认为，两审法院所依靠的证据经不起推敲，不能采信，据此认定张文中明知物美作为民营企业没有资格申报 2002 年国债贴息资金更是不能成立。辩方认为，有以下证据能够充分证明被告人张文中知道物美集团作为民营企业有资格申报 2002 年国债贴息资金：(1) 书证 1：2001 年初，原国家经贸委主任李荣融在全国推进流通现代化工作现场会上的讲话。在这次题为《开拓创新 锐意进取 扎实推进我国流通现代化》的讲话中，李荣融宣布："国务院已经确定，今年要加大国债支持企业技术改造的力度，我们（即原国家经贸委）拟将物流配送中心建设、连锁企业信息化建设等，列入国债贴息项目给予重点支持。"(2) 书证 2："国经贸投资[1999]886 号"《通知》以及"投资[2002]075 号"《通知》都没有规定民营企业不得申报 2002 年国债贴息资金。(3) 证人证言。物美其他高管的证言证明，他们当时从未听国家经贸委领导或任何其他人说过物美作为民营企业不符合

2002年国债技改贴息申报条件,而是均认为物美符合申报2002年国债贴息资金的条件,并就如何进行申报开会研究。(4)被告人辩解。张文中和张伟春二人的多份讯问笔录关于上述供述内容不符,且法庭上均否定了上述供述内容的真实性,声称他们从来没有听谁说过民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金。辩方认为,第一,既然原国家经贸委主任李荣融在全国推进流通现代化工作现场会上明确宣布要在2002年将物流配送中心建设、连锁企业信息化建设列入国债贴息项目给予重点支持,而且不分国企民企,只论企业实力,而张文中又参加了该次会议并听取了李荣融的报告,那么,他必然认为当时实力排名在前列的物美集团有资格申报2002年国债贴息资金。第二,张伟春在原国家经贸委咨询时,查阅的两个文件中并不存在民营企业不得申报2002年国债贴息资金的规定,他显然不可能从这些文件中得知民营企业没有资格申报,其所谓"经查阅有关文件,搞清了民营企业不属于被支持的范围,物美集团直接向国家经贸委申报不会被受理,并将此情况如实向张文中作了汇报"的供述自然是不真实的。

分析两审法院以及辩方的证据和理由,我们不难发现,两审法院认为张文中知道民营企业没有资格申报国债贴息资金所依靠的证据链显然是十分脆弱的,很难经得起辩方的反驳。两审法院据以认定张文中知道物美集团申报国债贴息资金的过程中实施了欺骗行为所依据的,仅仅是两名被告人的供述。被告人供述的一个显著缺陷是,它的内容随时可能被供述者本人推翻,因而具有极大的可变性。"在刑事诉讼中,随着诉讼的深入,犯罪嫌疑人也在反复权衡各种利益,其心理活动也在不断发生变化,从而导致在不同的诉讼阶段可能做出内容不一的口供,所以口供往往具有不稳定性,为案件的查处带来很大困难。"①由于被告人供述是如此易变而不可靠,以致刑事诉讼法明确规定,仅有被告人口供,没有其他证据,不能定案。两审法院仅仅根据这样的证据来认定张文中知道民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金显然是不够的。两审法院既然认定张伟春是通过咨询原国家经贸委的有关人员和查阅文件,得知国债专项资金是针对国有企业进行系统改造所需资金而予以支持的,民营企业不属于被支持的范围,就至少还应当有原国家经贸委有关工作人员的证言以及有关文件来印证张伟春供述的真实性。然而,判决书中一份这方面的证据也未能提供。相反,辩方却提供了申报前张文中本人听到的领导讲话,申报文件等书证以及证人证言和被告人辩解,由此形成一道完整的证据链,证明张文中在物美集团申报国债贴息资金时,是知道物美集团有资格申报的。两相比较,辩方的结论显然更能够成立。

3. 对张文中同意物美集团通过诚通公司申报国债贴息资金的定性

尽管从本案证据来看,物美集团作为民营企业是有资格申报2002年国债贴息资金

---

① 吴艳萍、黄昕颖:《对口供证据价值及特点的简要分析》,载《法制与社会》2009年第19期。

的,张文中也知道物美集团有资格申报,但是,被告人张文中却存在一个看上去有些致命的软肋,那就是物美集团是一个民营企业,可是,他却在张伟春提出让物美集团通过国有的诚通公司进行申报时,表示同意,并且为了让物美集团能够通过诚通公司进行申报,找过诚通公司有关负责人疏通此事。两审法院正是根据这一事实,认定张文中在申报过程中存在诈骗行为,并认为其他非国有企业申报项目获得批准,不影响二被告人虚构物美集团是国有诚通公司下属企业的事实认定。从常理来分析,张文中的此举也确实令人费解和怀疑:既然民营企业有资格申报2002年国债贴息资金,张文中也知道这一点,那么,他为什么不直接以物美集团的名义申报,而是同意让物美集团通过国有诚通公司进行申报?两审法院正是基于这一看似明显不正常的现象,反推物美集团作为民营企业肯定是没有资格申报,所以张文中才会同意物美集团冒充国有诚通公司的下属企业进行申报,进而认定张文中存在欺骗行为。

对于这一棘手问题,辩方是这样辩解的:张文中只是同意物美集团通过国有诚通公司递交项目申报材料,并没有决定物美集团以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金,而张文中这么做有其合理根据,据此并不能认为张文中实施了欺骗行为。辩方认为:

首先,"'通过诚通公司递交项目申报材料'与'以诚通公司下属企业的名义申报项目'的含义存在本质性差异。前者是将诚通公司作为递交项目申报材料的一个通道,不包含项目申报单位是诚通公司下属企业的意思;而后者则非常清楚地包含着申报单位是诚通公司下属企业的意思。需要特别强调的是,在物美高层讨论如何申报时,张文中所同意的是'通过诚通公司递交项目申报材料',而不是'以诚通公司下属企业的名义申报项目',他认为物美集团只是借助诚通公司这一通道递交申报国债贴息资金的材料。物美集团最终以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金,是出乎张文中意料的。因此,虽然从实际情况来看,在物美有关申报项目的表格中,确实存在是诚通公司下属企业的内容,但是,由于该表格张文中从来没有看到过,案发前,他对此并不知情,有关责任显然不应当由他来承担,更不能据此认定是他决定以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金。"两审法院判决都认定是张文中决定物美集团以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金,"显然是将张文中同意物美通过诚通公司递交项目申报材料错误地认定为张文中决定物美以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金。而实际上,张文中不但没有决定物美集团以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金,而且连物美集团是以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金这一情况,也是在案发以后才知道,他与这一行为没有任何关系。"

其次,根据张文中和张伟春的辩解,张文中是在认为物美集团可以通过诚通公司递交项目申报材料的情况下,同意这样做,并不存在冒充诚通公司下属企业进行申报的意图,而且,张文中这样认为是有充分的理由的。第一,物美集团申报国债技改项目

时,与诚通公司之间确实存在诚通公司间接持有物美集团股份的资产纽带关系,而且诚通公司曾经将物美集团作为自己的子公司对外宣传。第二,诚通公司确实曾经帮物美集团办过许多事,张伟春正是基于诚通公司以前能帮物美办事,申报项目时应当仍然能办的想法,而认为物美可以通过诚通公司申报项目。对此,张文中显然也是知道的。第三,张伟春确实告诉张文中可以通过诚通公司递交申报材料。基于上述原因,张文中认为物美可以通过诚通公司递交项目申报材料显然是合情合理的。

再次,张文中认为负责项目审批的原国家经贸委官员知道物美的企业性质,因而不可能产生冒充诚通公司下属企业进行申报的意图。在申报 2002 年国债贴息技改项目前,即 2001 年 12 月 28 日上午,负责国债贴息项目审批工作的原国家经贸委主任李荣融、副主任张志刚以及北京市副市长孟学农、原国家经贸委市场贸易局局长黄海等陪同时任国务委员的吴仪同志视察了物美,张文中和物美高层全程陪同。在张文中参加的 2002 年 1 月上海会议上,吴仪同志多次点名表扬物美及张文中。在申报期间,物美还将公司简介、营业执照复印件以及物美月刊都给了负责项目审批工作的李琳、李新等人。上述事实表明,在申报项目时,张文中显然十分清楚地认为负责项目审批的原国家经贸委知道物美的企业性质。基于这样的认识,张文中必然清楚地知道,物美不可能在原国家经贸委的官员面前冒充属于央企的诚通公司的下属企业,也就不可能产生冒充诚通公司下属企业进行申报的意图。

最后,张文中知道物美集团作为民营企业有资格申报国债贴息资金,不可能产生冒充诚通公司下属企业进行申报的意图。

总之,张文中在同意物美集团通过诚通公司递交项目申报材料的时候,并没有想要虚构事实、隐瞒真相,也不存在虚构事实、隐瞒真相的行为。需要指出的是,在申报国债贴息资金这件事上,张文中只是参与申报活动的最初决策,并没有过问后来的具体申报事项,因此,即使后来申报中存在虚构事实、隐瞒真相的行为,由于张文中既不是直接负责的主管人员,也不是直接责任人员,也不应当追究其刑事责任。本案两审法院纠缠于张文中完全不知情的物美集团申报表格中的不实内容,并据此认定张文中的行为系诈骗,似乎有些张冠李戴了。

显然,两审法院据以认定张文中在申报 2002 年国债贴息资金的过程中实施了诈骗行为所依据的三方面事实所组成的链条,即民营企业没有资格申报国债贴息资金——张文中明知这一点——明知后同意物美集团冒充国有诚通公司下属企业的名义申报,在辩方的大量证据以及环环相扣的反驳下,已经断裂。其中前两个环节已经破碎,第三个环节则由于前两个环节的破碎而难以成型。反观辩方,由于有充分的证据证明民营企业有资格申报国债贴息资金,且张文中对此是明知的,因而在面对最棘手的问题——张文中在明知物美集团是民营企业,仍然同意通过国有诚通公司申报时,作出了合理的解释,即只是为了借助诚通公司向国家经贸委提交申报材料,而不是要通过

冒充国有企业申报国债贴息资金，从而否定这是一种虚构事实、隐瞒真相的诈骗行为。辩方虽然是通过推理来得出张文中的涉案行为不属于诈骗行为这一结论的，但是，其推理是建立在可以查证的事实的基础上，并且有充分的证据加以支撑，是合情合理，值得采信的。而两审法院的结论，由于缺乏完整可信的证据链的支撑，很难成为能够令人信服和接受的法律事实。可以说，在关于本案事实的认定方面，两审法院的判决所依靠的证据是不足的，说理是不够的，结论是可疑的，全面输给了辩方，难说是一项公正、合理的判决。这种证据不足、说理不够的现象在我国刑事判决中带有一定普遍性，而"判决理由是司法权合理化的最重要的指标，也是法官思维水平的最典型的表现，在学识性、合理性较强的法律体系下，判决书不阐述和论证把法律适用于具体事实的理由的事情是绝对不可想象的"①，值得我们认真反思。

（二）物美集团冒充诚通公司下属企业的欺骗行为是否导致国家经贸委负责审批国债贴息资金的工作人员陷入了认识错误

行为对象因欺骗行为而陷入错误认识，是诈骗罪在客观方面必须具备的第二个条件。如果行为人虽然实施了诈骗行为，但行为对象并没有因此陷入错误认识，则说明其诈骗行为没有奏效，也就不可能产生财物被骗走的结果。本案中，张文中其实既没有同意物美集团冒充诚通公司下属企业去申报国债贴息资金，也不知道物美集团的工作人员在申报国债贴息资金的过程中曾经冒充了诚通公司下属企业。他所做的事情仅限于同意物美集团通过诚通公司提交申报材料。因此，即使物美集团的工作人员在申报国债贴息资金的过程中冒充了诚通公司下属企业，也与张文中无关，不能据此认定张文中本人存在欺骗行为。本案的两审法院不知是有意还是无意忽视了这一环节，直接将物美集团工作人员在申报 2002 年国债贴息资金过程中擅自填报的物美集团属于国有诚通公司下属企业的内容，认定为在张文中的指使下实施的行为，并据此认定张文中的行为属于诈骗行为。这显然存在张冠李戴的错误。如果仅仅从本案定性来看，已经无需再讨论物美集团冒充诚通公司下属企业的欺骗行为是否导致国家经贸委负责审批国债贴息资金的工作人员陷入了认识错误这一问题了，但是，基于理论探讨的需要，我们暂且假设张文中对物美集团工作人员在申报2002 年国债贴息资金的过程中冒充诚通公司下属企业的事是知情的，假设该行为是在张文中的指使下实施，是否就足以认定他的行为构成诈骗罪呢？恐怕还不能这么说。如果原国家经贸委有关工作人员知道物美不是诚通公司的下属企业，那么，张文中就无法通过这种弄虚作假的欺骗行为而使相对人陷入错误认识。在这种情况下，即使张文中同意甚至指使物美集团的工作人员以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金，也会由于不具备诈骗罪所要求的因欺骗行为而使相对人陷入错误认识这一要件，而不构成诈骗罪。

① 谢兴权：《通向正义之路——法律推理的方法论研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 1 页。

那么,负责审批2002年国债贴息技改项目的原国家经贸委工作人员是否知道物美集团属于民营企业而不属于国有诚通公司的下属企业呢?从有关原国家经贸委的工作人员的笔录来看,他们是不知道的。不过,笔者认为,根据以下事实和证据,可以充分证明当时负责审查国债贴息项目的有关工作人员是知道物美集团的企业性质的,他们并没有因为物美集团工作人员在申报国债贴息资金的过程中将物美集团填写为诚通公司的下属企业而错误地认为物美集团属于国有企业。

1. 从物美集团申报2002年国债贴息资金时的企业知名度以及与原国家经贸委的联系情况来看,当时负责审批的原国家经贸委工作人员显然是知道其非国企性质的

在申报2002年国债贴息资金时,物美已经是优秀的大型民营企业集团,属于原国家经贸委重点联系企业,与其保持着密切联系。2001年10月,原国家经贸委副主任张志刚和市场局局长黄海等负责人视察物美集团;2001年12月,原国家经贸委主任李荣融、副主任张志刚、市场局局长黄海等陪同吴仪同志视察物美集团,中央电视台2001年12月28日《新闻联播》播放了此条新闻,中国连锁经营协会网2002年1月8日以《吴仪同志视察物美大卖场》为题报道了这一消息,中国工商协会网也以《吴仪:树立新观念,推进首都商业现代化》报道了这一消息。在申报2002年国债贴息资金期间,物美还将公司简介、营业执照复印件以及物美月刊等载明物美集团企业性质的资料给了负责审批工作的李琳、李新等人。在项目申报成功后,3 190万元国债贴息资金拨付到账前,温家宝总理还于2003年4月26日亲临物美集团视察,肯定物美集团为首都抗击“非典”所作出的贡献。张文中本人也在2002年5月14日召开的北京市工商业联合会第十一届会员代表大会上当选为北京市工商联副会长,在2002年11月26日召开的中华全国工商业联合会第九次会员代表大会上当选为全国工商联常委。2003年6月30日,张文中又作为“全国统战系统抗‘非典’工作先进个人”受到贾庆林、刘延东的接见。在申报项目过程中以及申报前后短暂的时间内,如此之多的中央领导和国家经贸委领导频繁地视察物美集团和表扬物美集团以及张文中,而这些视察和表扬又经媒体广为传播。在这样的情况下,原国家经贸委负责审批国债贴息资金的官员怎么可能不知道物美的企业性质?难道国家重要领导和经贸委领导去视察一个企业时,有关部门人员会连这个企业的性质等企业基本情况都不了解清楚吗?这显然是不可能的。因此,根据上述事实足以认定,原国家经贸委负责审批项目的官员在审批2002年国债贴息项目时,是知道物美的企业性质的。物美即使想要隐瞒其企业性质,也是不可能的。

2. 还有更直接的证据能够证明负责项目审批的原国家经贸委官员知道物美的企业性质

根据时任国家经贸委投资规划司副司长、负责国债贴息项目审批工作的李琳的证言,她在审批项目过程中看到物美填报的是诚通公司的下属企业时,还问过李新,李新回答说物美集团里有诚通公司的股份,是诚通公司的下属企业。另一负责项目审批的

工作人员丁彤的证言也证明,他曾经就物美是否属于诚通公司下属企业请示过领导,答复是诚通公司是物美集团的相对控股股东,将物美视同中央企业来办理。本案另一被告人张伟春在一审庭审中也说到,国家经贸委工作人员李新在问了物美和诚通公司的关系和企业性质后,说为了申报方便,可以通过田源(当时任诚通公司董事长)的诚通公司进行申报。事实上,在物美集团申报国债贴息资金时,物美集团与诚通公司之间确实存在诚通公司间接持有物美股份的资产纽带关系。可见,当时负责审批项目的原国家经贸委有关人员也知道物美集团并非严格意义上的诚通公司下属企业,并且在知情的情况下,同意物美集团以诚通公司下属公司的名义申报项目。

显然,物美集团在申报 2002 年国债贴息资金的过程中并不存在欺骗相对人的行为,负责审批国债贴息资金的原国家经贸委工作人员更没有因为物美集团有关工作人员在申报过程中把物美集团填成诚通公司的下属企业而陷入错误认识。这样,诈骗罪成立所要求的第二个客观要件,即诈骗犯罪所指向的行为对象因欺骗行为而陷入错误认识,本案也是不具备的。两审法院仅仅根据个别证人的只言片语,便认定物美集团在申报国债贴息资金的过程中对国家经贸委进行了欺骗,是难以成立的。

(三)原国家经贸委有关工作人员是否由于认识错误而把国债贴息资金批给了物美集团

诈骗罪的成立在客观方面需要具备的第三个条件,是行为对象基于受欺骗而产生的错误认识将财产处分给他人。在证明了原国家经贸委有关工作人员并没有因为物美集团在申报国债贴息资金的过程中将物美集团填写为国有诚通公司的下属企业而陷入错误认识之后,本来已经不存在原国家经贸委有关工作人员由于认识错误而把国债贴息资金批给了物美集团的问题,但是,为了结合诈骗罪的构成要件更客观、全面地分析本案性质,有必要就物美集团以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息项目与物美集团获得国债贴息资金支持之间的关系进行探讨。如果物美集团获得国债贴息资金支持与它冒充国有诚通公司下属企业之间并无联系,那么,即使它的冒充行为使原国家经贸委的有关工作人员陷入错误认识,也不应当将其获得国债贴息资金的结果视为诈骗所得。张文中的辩护人认为,从本案有关情况来看,物美集团获得国债贴息资金的支持并非因为其冒充了诚通公司下属企业,而是因为它作为民营企业完全符合得到国债贴息资金支持的条件,亦即原国家经贸委的工作人员并非基于对物美集团企业性质的错误认识而将国债贴息资金批给它,而是基于对物美集团自身条件的正确认识而将国债贴息资金批给它。这主要表现在,2002 年通过诚通公司向国家经贸委递交申报材料的项目共有 11 个,除物美申报的两个项目外,只有中国物资储运总公司的物流配送中心改造建设项目获批,其余 8 个均没有获得批准。这充分说明,以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息项目既不是物美申报项目的前提条件,更不能给所申报的项目获得批准带来什么帮助。因为能否获得国债贴息资金的支持,关键不在于企业的

所有制性质,而在于企业在行业中的地位,以及所申报的项目是否符合国家的产业政策。

应当指出,辩方关于物美集团冒充国有诚通公司下属企业申报2002年国债贴息资金与物美集团获得国债贴息资金的结果之间没有关系的论证是存在一定不足之处的。物美集团以诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金的行为究竟有没有使相对人即原国家经贸委有关工作人员陷入认识错误,并且因这种认识错误而处分了国家财产,最直接、有力的证据应当是作为受骗人的原国家经贸委负责审批国债贴息项目的工作人员的证言。如果有关工作人员明确陈述他们知道物美集团是民营企业,并没有因申报材料中填写为国有企业而陷入认识错误,他们在审查项目申报材料时,并不关注企业性质,而是看企业实力以及所申报项目内容是否符合要求,物美集团获得国债贴息资金与该公司冒充国有企业没有关系,那么,就可以充分证明张文中的行为不是刑法意义上的诈骗行为。遗憾的是,辩方没能提供这方面的证言,这使得其证据链不是那么完美。尽管如此,相对于两审法院认定张文中的行为构成诈骗罪所依据的证据而言,辩方的证据显然还是要充分得多。换言之,两审法院认定张文中的行为属于刑法意义上的诈骗行为的证据链更加脆弱。因此,笔者认为,即使张文中同意了物美集团以国有诚通公司下属企业的名义申报国债贴息资金,从而带有欺骗的性质,由于这种欺骗行为并不具备作为诈骗罪构成要件行为的三方面特征,因而也不属于诈骗罪的构成要件行为,张文中当然也不可能犯诈骗罪。更何况张文中只是同意物美集团通过诚通公司申报国债贴息资金,并没有同意,更没有指使其工作人员冒充诚通公司下属企业进行申报。

法治轨道内的刑事案件的诉讼过程,应当是一个控辩双方基于各自立场,精心组织证据,形成证据锁链,批驳对方观点,证明自己观点的过程。这个过程的理想状态应当是法官基于中立的立场,通过认真倾听控辩双方的发言,仔细审查控辩双方提供的证据,严格以证据能够证明的事实为依据,以法律为准绳,在没有任何先见和偏见的情况下作出合乎法律、正义、良知的裁判。然而,由于种种原因,中国的刑事诉讼远未达到这种理想状态。律师和被告人在刑事诉讼过程中往往处于一种十分不利的地位,受传统的纠问式诉讼法律文化的影响,或者受现有的司法体制的制约,法官经常将自己置身于控告人的位置,对被告人及其辩护人怀有一种对立或者不信任情绪,这种不适当的情绪使得法官难以做到以客观、公正的态度对待控辩双方的举证材料和法庭发言,而是明显偏向公诉一方,最终导致裁判结果违背事实,偏离法律。本案中,两审法院对案件事实的认定恐怕就存在这方面的问题。两审法院不顾张文中的辩护人以诈骗罪的构成要件为标准,基于大量证据和严密的逻辑推理而得出的结论,不顾当时的文件规定、政策背景以及有多家非国有企业获得国债贴息资金支持的事实,也不顾诈骗罪的构成特征,仅凭物美集团在申报国债贴息资金的过程中存在某些瑕疵,就认定

张文中犯有诈骗罪,这一明显违背法律事实的认定,使本案判决的公正性和合法性都丧失殆尽。“如果判决不公正,社会就可能使某个成员蒙受一种道德上的伤害”①,因此,对本案的两审判决存在进一步反思并改正的必要。

六、张文中的涉案行为是单位行为还是个人行为

如果认真注意前文对本案案情的分析,可以感觉有些怪异和别扭。这种怪异和别扭的感觉来源于本案涉案行为并非仅仅关系到张文中个人,而是关系到整个物美集团。申报国债贴息资金实际上是物美集团的行为而不是张文中个人的行为,而司法机关指控的却是张文中个人,以致在论及某一行为时,被控主体是张文中,而实际的行为主体却是物美集团,于是产生了行为主体和被控主体分离的怪异现象,由此产生了以下两个需要探讨的问题:假如本案诈骗行为成立,这究竟是一种单位行为还是个人行为? 如果是单位诈骗行为,应当如何处理?

两审法院认为,张文中所实施的是个人诈骗行为,只不过是把个人诈骗所得处理给了单位,这种将诈骗犯罪所得归于其单位的行为,是对犯罪所得的处分,不影响对个人诈骗犯罪的认定。辩方则认为,申报 2002 年国债贴息资金,完全是物美集团的单位行为,而不是张文中的个人行为,即便在申报过程中存在诈骗行为,也属于单位诈骗行为,而不是个人诈骗。那么,本案涉案行为究竟是单位行为还是个人行为呢?

(一)单位犯罪的认定

对于单位犯罪的内涵和构成要件,刑法典没有明确规定,理论界争议颇大,对单位犯罪的定义颇多。有人认为,法人犯罪(单位犯罪)是法人(单位)的法定代表人或代理人或直接责任人员,以法人(单位)的名义,为法人(单位)的利益,在职务活动中实施的严重危害国家和人民利益,应当受到刑罚处罚的行为。② 或者是由公司、企业、事业单位、机关、团体实施的依法应当承担刑事责任的危害社会的行为。③ 此种观点可概括为单位名义说。另有人认为,法人(单位)犯罪是法人(单位)的法定代表人、代理人或直接责任人员,经法人(单位)决策机构授意或允许,为法人(单位)的利益而故意或过失实施危害社会应受刑罚处罚的行为。④ 或者是公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取非法利益,经单位集体决定或由负责人员决定实施的犯罪。⑤ 此种观点可以概括为单位利益说。还有人认为,法人(单位)犯罪是指法人(单位)的代表人、代理人或

---

① 〔美〕德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 1 页。
② 参见刘白笔主编:《法人犯罪论》,群众出版社 1992 年版,第 113 页。
③ 参见高铭暄主编:《新编中国刑法学》(上册),中国人民大学出版社 1998 年版,第 164 页。
④ 参见陈泽宪主编:《新刑法单位犯罪的认定与处罚——法人犯罪新论》,中国检察出版社 1997 年版、第 9 页。
⑤ 参见陈兴良:《刑法适用总论》(上卷),法律出版社 1999 年版,第 587 页。

法人(单位)的其他成员,在从事法人(单位)业务的活动中,按照法人(单位)意志所实施的依法应受刑罚处罚的行为。[①] 或者是指法人(单位)的代表人或代理人、直接责任人员在其职务范围内以法人(单位)的名义,为了法人(单位)的利益而实施的犯罪行为。[②] 这种观点可以概括为单位业务说。上述种种观点为司法机关判断单位犯罪提供了参考,但也引起了司法实务在判断单位犯罪方面的混乱。为了统一认识,最高人民法院先是在1999年6月18日通过的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》中将两种疑似单位犯罪的行为排除在单位犯罪之外,规定个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处;盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。后来又在2001年1月21日的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中明确规定:"根据刑法和《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》规定,以单位名义实施犯罪,违法所得归单位所有的,是单位犯罪。"根据该规定,司法实务中对单位犯罪的界定采取的是单位名义兼利益说,即只有以单位名义实施并且违法所得归单位所有的,才属于单位犯罪。

(二)张文中的涉案行为是单位行为还是个人行为?

对于张文中同意物美集团通过国有诚通公司申报国债贴息资金究竟是单位行为还是个人行为,应当以最高人民法院的上述司法解释和纪要的规定为标准进行判断。在此有一个问题需要澄清,那就是对张文中同意物美集团通过国有诚通公司申报国债贴息资金这一行为不能孤立看待,它是关于物美集团申报2002年国债贴息资金的决策行为,是物美集团申报活动的组成部分,其性质是由该申报活动的性质决定的,即只要物美集团申报国债贴息活动是单位行为,张文中的涉案行为也就是单位行为,而物美集团申报国债贴息资金无疑是一种单位行为,张文中的涉案行为也无疑属于单位行为。对此辩方已有充分的论述:(1)申报2002年国债贴息技改项目,通过诚通公司申报项目,将申报项目拆分为第三方物流改扩建和信息现代化建设两个项目,以及异地实施物流改扩建项目均是由物美集团高层集体决定的。(2)有关国债贴息项目的申报活动也始终是以物美集团的名义进行的。(3)申报成功后获得的国债贴息资金也直接归属物美集团,并用于物美集团,没有分文落入张文中个人腰包。显然,该申报行为既是以物美集团的名义实施的,所得国债贴息资金也完全归物美集团所有。对照最高人民法院的上述司法解释和纪要,即便是诈骗,也属于单位诈骗。

① 参见何其星:《法人犯罪的概念》,载《中外法学》1995年第1期。

② 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第301页。

七、对刑法没有规定单位犯罪的单位诈骗行为的处理

首先需要指出的是，从现有证据来看，物美集团申报2002年国债贴息资金的行为并不涉及诈骗。基于理论探讨的需要，本文假设：假如物美集团申报2002年国债贴息资金的行为是一种单位诈骗行为，该如何处理？对于单位实施的普通诈骗行为，刑法没有规定如何处理，这就涉及对刑法没有规定为单位犯罪的单位危害行为如何处理的问题。

从罪刑法定原则的要求出发，在这种情况下，单位不构成犯罪，这是没有异议的。但是，对于其中的责任人员该如何处理，却是个难题，存在否定说和肯定说的对立。否定说认为，刑法第30条的另一层意思是，法律没有规定为单位犯罪的，任何人都不应当负刑事责任。此时的任何人包括单位和单位中的自然人。如有的论者指出："单位犯罪以双罚制为主，个人的刑事责任是以单位构成犯罪并且追究刑事责任为前提，单位不构成犯罪，不承担刑事责任，当然不存在单位中的主管人员和直接责任人员作为个人承担刑事责任的问题。"①有的学者认为，单位犯罪是由单位作为犯罪主体所实施的刑法分则有明文规定的危害社会的行为，对单位中直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚体现的是对单位整体所应负刑事责任的一种分担，而不是意味着该类人员也是单位犯罪的主体。这说明在单位实施某一行为的场合，要追究有关直接责任人员的刑事责任，须以单位所实施的行为已构成犯罪为前提。因此，在单位的行为不构成犯罪的情况下，追究直接责任人员的刑事责任，会导致犯罪与刑事责任的必然联系出现割裂，造成在没有犯罪的情况下却存在刑事责任的不合理现象。② 肯定说则认为，应以自然人犯罪的条款追究直接责任人员的刑事责任。如有的论者认为，法律规定单位犯罪是为了在追究个人刑事责任的基础上，再进一步追究单位的刑事责任。不能反过来认为，法律没有规定单位犯罪的，就不能对单位中的个人定罪处罚。从实际情况来看，许多刑法分则条文没有规定单位犯罪，不对直接负责的主管人员和直接责任人员定罪处罚，具有不合理性和现实危害。对单位中的责任人员按个人犯罪处理，既符合罪刑法定原则，也与单位犯罪的本质特征相一致。③ 有的论者认为，单位成员承担刑事责任的唯一依据是其作为自然人的行为构成了犯罪，与刑法是否规定处罚单位没有关系。因此，当单位实施非单位犯罪时，只要单位成员实施的行为能够评价为自然人犯罪，就必须将其作为自然人追究刑事责任。④ 还有论者认为，自然人犯罪与

---

① 见张军、姜伟、郎胜、陈兴良：《刑法纵横谈》，法律出版社2003年版，第306页。

② 参见王志祥：《论挪用公款罪主体的几个问题》，载《法商研究》2004年第2期。

③ 参见王幼璋、刘延和：《法律没有规定单位犯罪的个人刑事责任问题》，载游伟主编：《华东刑事司法评论》（第2卷），法律出版社2002年版，第188页。

④ 参见董玉庭：《论单位实施非单位犯罪问题》，载《环球法律评论》2006年第6期。

单位犯罪之间的关系是一种特殊的法条竞合关系。在刑法规定单位犯罪的情况下,单位犯罪应当视为自然人犯罪的特殊表现形式,适用特殊法优于一般法的规则,以所犯之罪对其定罪,只是依据的量刑条款是规定单位犯罪的专门条款;在刑法没有规定单位犯罪的情况下,即单位实施犯罪主体仅限于自然人犯罪的情况下,则应当视为刑法没有设置单位犯罪的量刑特殊法的规定,直接适用一般法,对单位内部的主管人员和其他直接责任人员按所触犯的自然人犯罪进行定罪量刑。①

我国最高司法机关对上述问题的处理意见也不一致。最高人民法院1996年《关于审理诈骗犯罪案件具体应用法律的若干问题的解释》第1条规定,单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员以单位名义实施诈骗行为,诈骗所得归单位所有,构成犯罪的,依照诈骗罪追究上述人员的刑事责任。然而,2000年最高人民法院在《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中却认为,"单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为,不能以贷款诈骗罪定罪处罚,也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。在司法实践中,对于单位十分明显地以非法占有为目的,利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款,符合《刑法》第224条规定的合同诈骗罪构成要件的,应当以合同诈骗罪定罪处罚。"2002年6月,最高人民法院在重庆市召开全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会,就单位决定将公款给个人使用的行为认定问题进行了讨论。会后的全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要也明确规定,根据刑法的规定,单位不构成挪用公款罪,经单位领导集体研究决定挪用公款归个人使用,或者单位负责人为了单位的利益,决定将公款给个人使用的,实际上属于单位行为,不应以挪用公款罪追究单位负责人的刑事责任。但是构成其他犯罪的,仍应追究有关责任人员的刑事责任。1996年1月23日,最高人民检察院针对内蒙古自治区和江苏省人民检察院的请示作出批复:"单位组织实施盗窃,获取财产归单位所有,数额巨大,情节恶劣的,应对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员按盗窃罪依法批捕、起诉。"由于该批复是在刑法修订前作出的,在刑法修订后是否能将之适用于单位盗窃案件的处理,尚有疑问。为此,2002年8月13日最高人民检察院公布并施行的《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》又规定:"近来,一些省人民检察院就单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为如何适用法律问题向我院请示。根据刑法有关规定,现批复如下:单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为,情节严重的,应当依照《刑法》第264条的规定以盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。"

笔者认为,尽管对于单位实施普通诈骗行为如何处理在理论上存在争议,但从现有的司法解释性文件来看,对这种情形既不能以诈骗罪对单位定罪处罚,也不能以诈

① 参见于志刚:《单位犯罪与自然人犯罪——法条竞合理论的一种解释》,载《政法论坛》2008年第6期。

骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。理由如下：

我国刑法于1997年修订后，对单位诈骗犯罪和个人诈骗犯罪作出了严格区分，凡是立法者认为需要惩治单位诈骗行为的，在刑法当中都作出了明确规定。因此，对于单位实施的诈骗行为，只有在刑法典明文规定了处罚单位犯罪的情况下，才能追究有关单位和个人的刑事责任。最高人民法院在2001年1月21日发布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中，也重申了这一法治原则的要求。该纪要规定："根据刑法第三十条和第一百九十三条的规定，单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为，不能以贷款诈骗罪定罪处罚，也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。"该纪要之所以作出这种规定，就是因为《刑法》第193条对贷款诈骗罪没有规定单位犯罪。根据刑法的相关规定以及纪要的上述规定的精神，可以清楚地得出结论：依据《刑法》第30条和第266条的规定，单位不能构成诈骗罪。对于单位实施的普通诈骗行为，不能以诈骗罪对单位定罪处罚，也不能以诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。显然，根据刑法以及最高人民法院有关纪要的规定，由于张文中的涉案行为属于典型的单位行为，无论其为物美申报国债贴息项目的行为是否存在诈骗的内容，均不能以诈骗罪追究其刑事责任。

另外需要指出的是，尽管最高人民法院和最高人民检察院也作出过对单位危害行为直接追究个人刑事责任的司法解释，但这些解释或者已经过时，或者并非针对单位诈骗行为而制定，相比较而言，《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中针对单位贷款诈骗行为作出的司法解释性规定才与本案案情最具有关联性。因此，应当根据最高人民法院在2001年1月21日发布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的有关规定的精神来处理本案，而不能根据其他司法解释的精神来处理本案。

基于上述理由，笔者认为对刑法没有规定单位犯罪的单位普通诈骗行为，既不能对单位以诈骗罪定罪处罚，也不能以诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。因此，即使物美集团申报2002年国债贴息资金的行为是一种单位诈骗行为，也不能对物美集团和张文中追究刑事责任。

八、结语

经济领域的诈骗活动往往与经营活动交织在一起，因而显得十分复杂。对合法正当的经营活动、一般性的非法经营活动以及诈骗犯罪作出清楚的划分，不是一件容易的事。这不但需要对诈骗行为的法律特征有清楚、准确的认识，还需要对发生的案件事实有全面的了解和把握。在认定诈骗行为时，笔者认为有两点需要引起高度重视：其一，作为诈骗罪客观构成要件的诈骗行为，必须具备三方面的特征：(1) 必须是使受骗者产生认识错误的行为；(2) 必须是使受骗者陷入或者继续维持(或强化)处分财产

的认识错误的行为;(3) 作为诈骗罪客观要件的欺骗行为,必须与受骗者的财产处分行为之间具有因果关系,即如果没有行为人的欺骗行为,受骗者便不会基于认识错误处分财产。如果欺骗行为没有使受骗人产生错误认识,受骗人处分财产并非因为行为人的欺骗行为,那么,即使存在欺骗行为,该欺骗行为也不属于诈骗罪的构成要件行为。其二,对于单位实施的普通诈骗行为,既不能以诈骗罪追究单位的刑事责任,也不能以诈骗罪追究单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

张文中诈骗案是一个充满争议的案件,应当说,该案的两审判决均存在明显的可质疑之处。尽管两审法院的判决书很长,其说理却明显不足。这种不足集中体现在以下三个方面:(1) 事实认定混乱。两审法院在处理本案的过程中,既没有分清哪些是张文中的行为,哪些是物美集团的行为,也没有分清本案涉及的究竟是单位行为还是个人行为,以至于我们在判决书中看到的是,两审法院追究的是张文中的责任,陈述的却是物美集团的行为;追究的是个人责任,描述的却是单位行为。(2) 认定的事实缺乏证据的支撑。两审法院所认定的诸多所谓事实,如物美集团作为民营企业没有资格申报2002年国债贴息资金,张文中明知物美集团没有资格申报,张文中是个人诈骗财产再处分给单位,都缺乏基本的证据来支持,以致在辩方扎实的证据链面前显得十分脆弱,难以成立。(3) 没有围绕诈骗罪的特征来组织证据,说明事实。在两审法院的判决中,我们根本看不到张文中的行为是如何让国家经贸委负责审批2002年国债贴息项目的工作人员陷入认识错误的,也看不到这些工作人员是如何因这种认识错误而处分财产的,更看不到这些工作人员因为受张文中的欺骗而把国债贴息资金给了张文中。而最后的结论却是张文中诈骗了国债贴息资金并且把骗到的国债贴息资金处分给了物美集团。显然,本案两审法院的判决在说理和讲法方面都存在严重瑕疵,其判决结论恐怕难以经得起推敲和检验。

附录一

河北省衡水市中级人民法院刑事判决书

(2008)衡刑初字第22号

公诉机关河北省衡水市人民检察院。

被告单位物美控股集团有限公司(原北京物美商业集团有限公司),单位地址:北京市石景山路3号玉泉大厦10层。

诉讼代表人吴坚忠,男,51岁,物美控股集团有限公司法定代表人。

辩护人:高平,河北方圆律师事务所律师。

辩护人:左坚卫,北京市共和律师事务所律师。

被告人张文中，男，1962年7月1日出生，山东省即墨县人，汉族，博士，捕前系物美控股集团有限公司董事长，住北京市海淀区阜成路77号楼202室。2006年12月7日因行贿、挪用公款犯罪由衡水市公安局执行逮捕。现押于衡水市看守所。

辩护人：赵秉志，北京市中闻律师事务所律师。

辩护人：白加宁，河北合明律师事务所律师。

被告人张伟春，男，1958年4月27日出生，北京市人，汉族，大学文化，原物美控股集团有限公司行政总监，住北京市海淀区定慧东里35号楼208号。2006年12月29日因诈骗嫌疑被衡水市公安局刑事拘留，2007年1月1日变更为监视居住，同年2月14日因涉嫌诈骗犯罪由衡水市公安局执行逮捕。现押于深州市看守所。

辩护人：肖艳芬，北京市德律珩律师事务所律师。

辩护人：吴建平，北京市东元律师事务所律师。

河北省衡水市人民检察院以衡检刑诉(2007)68号起诉书，指控被告单位物美控股集团有限公司犯单位行贿罪、被告人张文中犯单位行贿罪、挪用公款罪、诈骗罪、被告人张春伟犯诈骗罪，于2007年12月25日向本院提起公诉。本院依据最高人民法院的指定管辖决定书受理了本案，依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。河北省衡水市人民检察院指派检察员廖莉、刘朕纲、代检察员张立生、李杰出庭支持公诉。被告单位的诉讼代表人、被告人及辩护人均到庭参加诉讼。诉讼过程中，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议，本院同意。在补充侦查的期限内，公诉机关提请恢复法庭审理，现已审理终结。

河北省衡水市人民检察院指控：

一、单位行贿罪

1. 2002年，在被告单位物美控股集团有限公司（以下简称物美集团）收购中国国际旅行社总社（以下简称国旅总社）持有的泰康人寿保险股份有限公司（以下简称泰康公司）5 000万股股份过程中，被告人张文中请求国旅总经理办公室主任赵义奎提供帮助，并答应给其好处费。在赵义奎的积极协调、帮助下，2002年底，物美集团以其关联公司北京和康友联技术有限公司（以下简称和康友联公司）名义顺利收购了国旅总社持有的5 000万股泰康公司股份。2003年1月至2004年2月间，物美集团的关联公司卡斯特经济评价中心以报销费用的方式给赵义奎人民币30万元。

2. 2002年，在被告单位物美集团收购广东粤财信托投资公司（以下简称粤财公司）持有的5 000万股泰康公司股份过程中，被告人张文中向粤财公司总经理梁棠承诺事成之后给予梁棠个人500万元好处费。2003年底，物美集团以其关联公司华美现代流通发展有限公司的名义收购了粤财公司持有的5 000万股泰康公司股份，张文中遂指使张斌通过北京敬业和康投资咨询中心为梁棠支付人民币500万元。

二、挪用资金罪

1997年3月,被告人张文中与中国国际期货有限公司董事长田源、泰康公司董事长陈东升(均另案处理)商议挪用泰康公司的资金申购新股谋利,并约定所得赢利三人按3:3:4比例分配。随后,张文中指使张斌以北京卡斯特投资咨询中心向泰康公司借款的名义,从泰康公司转出人民币4000万元,由张斌具体负责收购新股。期间,中国人民银行检查,张文中、陈东升、田源为掩盖前期挪用资金事实,遂于1997年7月通过河南省国际信托投资公司又从泰康公司转出人民币5000万元,用于归还前次挪用款项。1997年8月19日张斌归还泰康公司人民币4000万元,同年9月3日和9日又分两次归还人民币5000万元。期间,共赢利人民币1000余万元。

三、诈骗罪

2002年初,被告人张文中得知国家对重点企业、重点项目实行国债贴息补贴政策,遂于被告人张伟春、公司副总裁张斌等人商议此事,并委派张伟春到国家经贸委等部门进行了咨询。在得知该批国债贴息资金主要用于支持国有企业技术改造项目,物美集团作为民营企业不属于国债贴息资金支持的范围的情况下,张文中与张伟春商量后决定以中国诚通控股集团有限公司(中央直属国有企业、以下简称诚通公司)下属企业的名义进行申报。为此,张文中与诚通公司董事长田源多次联系,田源答应了张文中的要求。在张文中的指使下,张伟春等人以虚假资料编制了物美集团技改项目可行性研究报告,以诚通公司下属企业名义上报国家经贸委。物流项目获得审批后,物美集团既未实施,也未向银行申请贷款;物美集团以信息化项目为名,以与和康友联公司签订虚假设备采购合同和开具虚假发票为手段,获得1.3亿贷款,用于公司日常经营,未实施信息化项目。2003年10月29日,财政部将3190万元国债贴息资金拨付到诚通公司,后诚通公司将该款汇入物美集团账户,物美集团即将该款用于偿还公司贷款。案发后,已追缴赃款3190万元。

对指控的上述事实,公诉机关庭审时出示了相关证据,认为被告单位物美集团、该公司的法定代表人被告人张文中,在与国有公司经济往来中,违反国家规定给予国家工作人员财物;被告人张文中伙同他人利用职务上的便利,挪用泰康公司资金,进行赢利活动,数额巨大,其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第三百九十三条、《全国人民代表大会常务委员会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第十一条的规定,应当以单位行贿罪追究被告单位物美集团及被告人张文中的刑事责任,应当以挪用资金罪追究被告人张文中的刑事责任。被告人张文中、张伟春以非法占有为目的,虚构事实,隐瞒真相,骗取国债贴息资金人民币3190万元,其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百六十六条的规定,应当以诈骗罪追究被告人张文中、张伟春的刑事责任。提请本院依法判处。

被告单位的诉讼代表人主要辩称:收购泰康公司股权及支付的530万元人民币均

不是物美集团所为。其辩护人主要提出:物美集团不是本案指控行贿行为的主体,故其不构成单位行贿罪;支付的530万元好处费不是刑法规定的回扣或手续费。

被告人张文中对被指控的犯罪均予否认,辩称给赵义奎的30万元是劳务费,500万元是给梁棠的中介费;所诉挪用资金事实是公司履行委托投资协议的行为,非个人挪用;通过中国诚通控股集团公司申报国债贴息资金有不当之处,但国债贴息政策不排斥物美集团这样的民营企业,申报国债贴息资金是单位行为,申报获批的项目已分别实施,无诈骗故意。其辩护人主要提出,所诉单位行贿的事实中给赵义奎的30万元中含有正当报酬,500万元不能排除是给梁棠中介费的可能,即便认定单位行贿,该部分事实是被告人张文中主动向司法机关交代的,属于自首,行贿500万元系未遂;泰康公司借给北京卡斯特投资咨询中心资金4000万元投资炒股,且赢利也归于单位所有,公诉机关所诉挪用资金的指控与该基本事实不符,故被告人张文中不构成挪用资金罪;被告人张文中不存在诈骗的故意和行为,申报国债贴息资金是单位行为,刑法未规定单位构成诈骗罪。

被告人张伟春辩称:其在物美集团申报国债贴息资金的过程中,从事的是职务行为;不知道国债贴息资金政策不支持民营企业;物美集团与诚通公司有关联关系;申报获批的物流项目已在异地实施。其辩护人主要提出物美集团申报国债贴息资金属于典型的单位行为,但刑法未规定单位诈骗罪;被告人张伟春没有诈骗故意,其只负责申报事项,并未获利,故不构成诈骗罪。

经审理查明:

一、单位行贿

1. 2002年,被告单位物美集团在收购国旅总社持有的泰康公司5000万股股份过程中,被告人张文中向国旅总社总经理办公室主任赵义奎提出让其提供帮助,并承诺给其一笔好处费。在赵义奎的积极协调、帮助下,2002年底,物美集团以其关联公司和康友联公司的名义顺利收购了国旅总社持有的5000万股泰康公司股份。张文中遂指派张斌给付赵义奎30万元。2003年1月至2004年2月间,张斌通过物美集团的关联公司卡斯特经济评价中心以报销费用的方式向赵义奎支付了人民币30万元。

认定上述事实的证据有:

(1) 证人赵义奎证言证实,2002年,国旅总社为缓解资金紧张,准备将持有的5000万股泰康公司股权转让。因其时任泰康公司监事,国旅总社总经理李禄安便让其向泰康公司董事长陈东升表示要转让股份的意思,问陈能否找到受让方。后陈告之物美集团有意受让该股份。在他与张文中联系时,张文中说希望其支持、帮助收购股份,表示事成后不会亏待他,并说想尽快由其安排和国旅总社的领导见面。其及时向李禄安汇报后并说物美集团经济实力不错,之后他安排李禄安和张文中、张斌等人一起见面吃饭,双方表达了转让、收购泰康公司股权的意思。后物美集团张斌等人向国

旅总社党政联席会成员就物美集团情况做了演示性介绍。在国旅总社再次召开研究转让泰康公司股权问题的党政联席会上,会议研究同意将持有的泰康公司股权转让给物美集团,会议授权谈判价格范围是每股1.45元至1.5元。在双方就转让股权谈判之前,其告诉张文中国旅总社确定的谈判底价是每股1.45元,为张文中谈判提供了重要信息。又经多次谈判,约在2002年6月份双方达成转让股权协议,转让价每股1.45元,在付款期限上国旅总社做了让步,延长了付款期限并分三次付款。后张文中对其讲,因看中泰康公司今后的发展,虽然收购股权价格高了一些,但是从长远看是划得来的,并说要兑现以前承诺,给其一笔30万元好处费,让其找张斌具体办理。

2003年初,其与张斌商议好用报销发票的方式从张斌处领取30万元。同年1月中旬,其在张斌办公室拿了一张没有填写收款人的金额为10.8万元的转账支票,后通过天马国际旅行社的总经理孙新怀将转账支票兑现,同年2月26日,其将孙经理给开的发票给了张斌。2003年6月中旬,又从张斌处要来一张10.8万元的转账支票后变现,其找到天马旅游汽车公司总经理黄禄安开了一张发票给了张斌,该发票付款单位是卡斯特经济评价中心、金额10.8万元、内容是会议费。2004年2月初,其从张斌处拿了一张8.4万元的转账支票,用于支付了家庭装修的材料款,并让该装修单位给卡斯特经济评价中心开了一张发票,给了张斌。这三笔钱他对妻子王淑兰说是物美集团的张文中给的。事后他告诉张文中钱收到了。

证人王淑兰证言证实2003年至2004年期间,赵义奎往家拿过三笔钱共30万元,并说是物美集团张文中给的,与赵义奎所证吻合。

证人孙新怀、黄禄安、田子博、潘群贵、刘雪兵、刘忠所证将赵义奎的转账支票变现、并开具发票的情节与赵义奎所证吻合。

(2)被告人张文中原供述,2002年,陈东升建议他收购国旅总社想转让持有的泰康公司5 000万股股权,并说国旅总社办公室主任赵义奎可以安排此事。他与赵义奎联系并表达了收购意向,要求赵义奎安排与国旅总社领导面谈,并说事成后不会亏待赵义奎。赵义奎答应促成此事。随后,在与国旅总社董事长李禄安见面吃饭时沟通了此事。后他带着张斌等人到国旅总社会议室与李禄安等人进行了谈判并达成了收购意向,最后确定的收购价格向国旅总社提供的价格倾斜,但在付款时间上延长了期限,并约定赵义奎、张斌具体操作收购事宜。收购完成后,大概2002年底,在泰康公司开会时,他对赵义奎说在收购股权过程中帮了忙,给赵30万元人民币表示感谢,具体找张斌办理。回来后他告诉张斌给赵义奎30万元,具体事与赵联系。后张斌对他说钱开始给了。几个月后赵义奎告诉他说钱收到了,并表示感谢。在收购股权的过程中,赵义奎事前告诉了陈东升关于国旅总社转让股权的信息;积极安排和国旅总社见面;向国旅总社积极介绍物美集团的经济实力、宣传物美集团;积极延长物美集团的付款期限,加快泰康公司股权转让速度。

物美集团以每股1.45元的价格收购了国旅总社持有的5 000万股权，收购款是从物美集团内部调度的。股权名义上由和康友联公司收购，实际上是物美集团收购，如果落在物美集团名下，就违反了泰康公司关于单一股东持股不允许超过10%的公司章程规定，当时物美集团已持有8%的泰康公司股权，所以就把该股权落在了和康友联公司名下，产生的收益归物美集团所有。和康友联公司是物美集团和卡斯特产业集团成立的公司，其通过物美集团和卡斯特产业集团控制和康友联公司，公司的法人代表是其弟张斌。是其决定以和康友联公司的名义收购泰康公司股权的。

(3) 证人陈东升证言证实，2002年，赵义奎告诉他国旅总社欲转让持有的5 000万股泰康公司股份并让其帮忙找受让方。他告诉了物美集团的张文中，张表示愿意收购。国旅方面由赵义奎具体操作转让事宜。张文中收购国旅总社持有的泰康公司股权后，告诉他给了赵义奎30万元好处费，以感谢赵义奎在收购泰康公司股权中所提供的帮助。

(4) 证人张斌证言证实，2002年，物美集团以和康友联公司收购国旅总社持有的5 000万股泰康公司的股份，是他和赵义奎具体办理的。2002年底，张文中告诉他给赵义奎30万元好处费。2003年1月，他问赵义奎如何支取该款项，赵义奎说拿发票来物美集团报销。并证实赵义奎分三次共支取人民币30万元，所证过程与赵义奎证言相一致。

(5) 证人张华证言证实，其在物美集团计财部工作，主要是负责物美集团的账务。物美集团的关联公司卡斯特经济评价中心、、北京敬业和康投资咨询中心、和康友联公司、华美现代流通发展有限公司等单位的账务、记账的工作也由他们负责兼职管理，并且受物美集团主管财务的副总裁张斌直接领导。

证人许少川证言所证物美集团与相关关联公司的工作、财务管理关系与证人张华所证一致。

(6) 证人王坚平证言证实，物美集团是和康友联公司的控股股东，其担任和康友联公司的法定代表人，张文中在和康友联公司无职务。和康友联公司收购国旅总社持有的泰康公司股权前，其参加了一次由张文中主持、张斌、吴坚忠参加的物美集团董事会，讨论以和康友联公司的名义收购国旅总社持有的泰康公司股权之事，确定由和康友联公司收购国旅总社持有的泰康公司股权。

(7) 侦查机关提取的卡斯特经济评价中心汇给天马国际旅行社的转账支票、天马国际旅行社的银行进账单、天马国际旅行社开具北京市服务业发票、天马旅游汽车公司由贾俊英开具的发票、汇给北京市朝阳区嵩涛装饰材料经营部的转账支票、嵩涛装饰材料经营部的银行进账单、对账单记载的内容，与证人赵义奎、张斌等所证赵义奎在张斌处取转账支票、变现的情节吻合，并与卡斯特经济评价中心在北京工商银行的明细分类账、记账凭证所记载的该中心先后于2003年1月17日、2003年6月17日、2004

年2月1日支出会议费、装修费共30万元的内容相印证。天马国际旅行社、天马旅游汽车公司还分别证实,二单位未组织过卡斯特经济评价中心的会议。证人刘忠证言还证嵩涛装饰材料经营部和卡斯特经济评价中心没有业务往来。

(8) 物美集团的情况说明证实,2002年初在得知国旅总社有意出让其所持有的泰康公司的股份后,物美集团召开了董事会会议,张文中、吴坚忠、张斌和王坚平参加会议。会议决定收购国旅总社所持有的泰康公司股份;由物美集团的关联公司和康友联公司收购;收购资金由物美集团筹措,通过拆借给和康友联公司支付。

(9) 北京物美商业集团有限公司转账支票、记账凭证、资金往来专用发票等记载,北京物美商业集团有限公司先后于2002年6月27日、2002年12月31日、2003年4月1日转到和康友联公司资金1 450万元、1 450万元、4 350万元。

和康友联公司转账支票记载,该公司于2002年7月1日、2002年12月31日、2003年4月1日先后转到国旅总社1 450万元、1 450万元、4 350万元。

(10) 国旅总社情况说明、会议纪要、股权分析报告、股权转让协议、会议凭证记载,2002年2月4日至同年12月17日国旅总社共五次召开党政领导班子联席会议,讨论研究国旅总社转让泰康公司股权的事宜;由赵义奎等具体负责与物美集团商谈股权转让事宜;决定以每股1.45元的价格转让;2002年6月26日国旅总社与和康友联公司签订股权转让协议,李禄安、王坚平代表双方签字。国旅总社收到和康友联公司支付的股权资金日期为2002年7月1日1 450万元、2003年1月2日1 450万元、2003年4月1日4 350万元。

证人李禄安证言所证内容与上述证据所证的内容相一致,其还证实根据物美集团的要求,以物美集团的子公司和康友联公司的名义签约收购的股权;2004年1月,股权转移到对方名下。

(11) 中国保险监督管理委员会批复记载,同意国旅总社将持有的泰康公司5 000万股股份转让给和康友联公司,转让后和康友联公司持有泰康公司股份比例为6.25%。

(12)《卡斯特经济评价中心章程》记载,2001年4月北京敬业和康投资咨询中心设立卡斯特经济评价中心,法定代表人为吴坚忠。

(13)《和康友联技术有限公司企业资料》记载,北京卡斯特友联技术有限公司于1997年10月成立,2000年4月张斌任董事长,2002年5月9日卡斯特友联技术有限公司更名为和康友联技术有限公司,董事长由张斌变更为王坚平。

(14) 国旅总社营业执照证实,国旅总社经济性质为全民所有制。

(15) 国旅总社干部任免通知、干部退休审批表证实,1997年9月至2003年11月3日,赵义奎任国旅总社总经理办公室主任。

2. 2002年,被告单位物美集团在收购粤财公司持有的泰康公司5 000万股股份过程中,被告人张文中向粤财公司总经理梁棠承诺事成之后给予梁棠个人500万元好处费。2003年底,物美集团以其关联公司华美现代流通发展有限公司的名义收购了粤财公司持有的5 000万股泰康股份,张文中遂指使张斌通过北京敬业和康投资咨询中心为梁棠支付人民币500万元。

认定上述事实的证据有:

(1)证人梁棠证言证实,2002年,其任粤财公司总经理,受金融风暴影响,公司准备转让持有的包括泰康公司在内的部分股权。2002年上半年,在北京与陈东升、张文中见面时,陈东升问其是否有转让粤财公司持有的泰康公司股份的意向,其答复有,但须根据规定程序办,由董事会决定。张文中提出按每股1.4元的价格收购粤财公司持有的泰康公司的股份,并且提出给其500万元好处费。其答复同等条件下可以考虑优先转让给张文中。其在粤财公司董事会上提出转让泰康公司的股份意见并经同意后,便安排投资部进行前期工作。后在珠海,张文中、陈东升与其见面时,李亦非参加也提出让其给张文中帮忙、给梁500万元好处费的事情。经评估粤财公司持有的泰康公司股份每股价值约1.3到1.6元,后粤财公司按规定委托广州产权交易所,以每股1.45元进行挂牌交易持有的泰康公司股权,并在报纸上进行了披露,挂牌时间约为一个月。挂牌交易失败后,物美集团下属的华美现代流通发展公司与粤财公司多次协商,由粤财公司领导集体研究决定,与张文中的物美集团以每股1.4元的价格收购粤财公司持有的泰康公司的股权达成了协议,并办理了法律手续。收购完成后约一年左右,李亦非对其说张文中把好处费打过来了,怎么办?其答复:这是你的事,你自己处理。李亦非在此次股权交易中没有起什么作用。

(2)证人李亦非证言证实,其与梁棠是校友,经陈东升介绍认识张文中。2002年上半年,陈东升给其打电话说张文中想收粤财公司欲出售的泰康公司的5 000万股份,让他找梁棠帮忙,每股可以给梁棠0.1元的好处费。他将此情况告之梁棠,梁棠说要按程序办,同等条件下可以优先考虑卖给张文中,钱的事让他拿主意。约半年后,其通过梁棠了解到粤财公司和张文中转让股份的事情已经办完,就在与陈东升通电话时告之陈应给梁棠的好处费了。不久,张斌与其联系,给梁棠的500万元最好能开发票入账。于是为了掩盖张文中给梁棠这500万元好处费,其安排张向东和张斌签订了两个假合同,总金额是500万元。张斌分四笔将款打到了其公司账户。其收款后告诉了梁棠,梁棠说钱他不要,让其看着处理。钱就放在了公司。

证人张向东证言证实,其担任广州市华艺广告有限公司和华艺文化有限公司总经理,两公司法定代表人是李亦非。在2003年4、5月份,两公司与北京敬业和康投资咨询中心签订过两个虚假的电视节目冠名制作合同和广告代理合同。是帮李亦非的朋友过一笔500万元款时,为了给对方开发票而签的合同,实际上与该中心没有业务

往来。

(3) 证人张斌证言证实,其是卡斯特科技投资有限公司的下属企业北京敬业和康投资咨询中心法定代表人。大约在2003年,张文中说用同是卡斯特科技投资有限公司控股下属企业华美现代流通发展有限公司来收购粤财公司持有的泰康公司5000万股股权,价格已和对方的领导梁棠谈好,让他和粤财公司的投资部经理蔡林生联系签合同的事。在此之前,张文中用卡斯特科技投资有限公司的下属公司和康友联公司收购过泰康公司的股权,合同文本是现成的。合同是用华美现代流通发展有限公司和粤财公司签订的。华美现代流通发展有限公司给粤财公司付了约3500多万转让款。办完过户手续后,华美现代流通发展有限公司就将其他转让款付给了粤财公司。收购股份的7000多万元是物美集团打到华美现代流通发展有限公司后,从华美现代流通发展有限公司付出的。交易完成后,张文中说公司要给粤财公司负责人梁棠500万元好处费,具体找李亦非联系。李亦非提出用广州一个出版社和一个广告公司签两个合同,接受这500万元。其遂用敬业和康投资咨询中心和李亦非提出的公司签的合同,后分两次寄发票、打款。给梁棠的500万元是物美集团打到北京敬业和康投资咨询中心,由该中心支付的。

(4) 证人陈东升证言证实,2002年,其得知粤财公司总经理梁棠想把所持有的泰康公司的股份转让出来。之前,张文中曾表示要再收购一些泰康公司的股份,其对泰康很有信心。2003年上半年,在北京与梁棠见面时对梁讲了张文中的想法,如把粤财持有的5000万股份转让给张,可以按每股0.1元给梁个人好处,后张文中对此事也同意。按照国际惯例,一般要有10%的中介费。张文中收购股份后,中国广东嘉德国际拍卖有限公司总经理李亦非打电话说张文中答应给梁棠的钱未办,其遂告知张。2004年夏天,梁棠对其说张文中把钱打到李亦非处了。

(5) 被告人张文中原供述在收购粤财公司持有的泰康公司5000万股权的过程中,找陈东升、梁棠、李亦非帮忙,允诺事后给梁500万元好处费及事后让张斌具体办理好处费的情节与证人梁棠、李亦非、张斌、陈东升所证内容吻合。其还供其控股的公司多次收购了泰康公司的股权,现在他是泰康公司的第二大股东。华美现代流通发展有限公司是其控股的物美集团和卡斯特投资有限公司的子公司。原来物美集团持有8%的泰康公司股权,泰康公司章程规定单一股东持股不允许超过10%,所以就把收购的粤财公司5000万股股权落在华美现代流通发展有限公司名下。收购粤财公司持有的泰康公司5000万股股权是其决定的。如果梁棠不同意转让或坚持最初的出让价就可能收购不成,在办理相关手续上梁棠也提供了不少便利条件。

(6) 证人韩晓进、蔡林生证言所证粤财公司经研究决定转让泰康公司5000万股份、经依法定程序评估、后与物美集团属下的华美现代流通公司谈判达成转让股份交易的情节,与证人梁棠所证相一致;所证粤财公司委托广州产权交易所上市挂牌交易

持有的泰康公司5000万股份的事实与证人广州产权交易所总经理李正希所证及广州产权交易所情况说明、广州中天衡评估有限公司估算意见书、股权交易委托合同书、2002年12月30日《广州日报》转让5000万股份公告记载内容相一致。韩晓进还证，在股权交易过程中，梁棠没有汇报过对方给予好处费的问题。

(7) 北京敬业和康投资咨询中心和广州华艺广告有限公司签订的代理合同记载，广州华艺广告有限公司广告代理费用为200万元。张斌、张向东分别代表双方公司签字。广州华艺文化有限公司情况说明记载，该公司在2003年和北京敬业和康投资咨询中心签订了一份300万元的电视节目冠名制作合同，关于2004年3月收齐该笔制作费。合同已经遗失。

(8) 侦查机关在北京工商银行玉东分理处、广州华艺广告公司、华艺文化有限公司提取的转账支票、电汇凭证、银行专用凭证等书证内容记载:2003年7月1日物美集团开给北京敬业和康投资咨询中心的转账支票金额250万元,2003年7月2日，北京敬业和康投资咨询中心分别转给广州市华艺广告有限公司100万元、广州市华艺文化有限公司150万元;2004年3月8日物美集团通过网上银行给北京敬业和康投资咨询中心转账250万元，同日，北京敬业和康投资咨询中心分别转给广州华艺广告公司100万元、华艺文化有限公司150万元;2003年7月2日、2004年3月8日两公司分别收到上述款项。

(9) 广州市华艺广告有限公司和华艺文化有限公司情况说明及部分发票复印件、资金往来凭证记载，广州华艺文化公司开给北京敬业和康投资咨询中心总金额为300万元的发票300份;广州华艺广告公司开出金额200万元的发票200份。两公司的营业执照记载，其法定代表人均是李亦非。

(10) 物美集团情况说明记载,2003年初，物美集团在得知粤财公司有意出让其所持有的泰康公司股份后召开了董事会会议，张文中、吴坚忠、张斌和王坚平参加。会议决定，收购粤财公司所持有的泰康公司股份;由物美集团的关联公司华美现代流通发展有限公司收购;收购资金由物美集团筹措，通过拆借给华美现代流通发展有限公司支付。

(11) 粤财公司会议纪要、投资部请示文件记载,2002年8月7日会议研究决定，考虑适时转让持有的泰康公司的股权;2003年1月20日粤财公司办公会同意以每股1.4元的价格转让泰康公司股份。梁棠批示粤财公司投资部以每股1.4元以上的价格挂牌。

(12) 股权转让协议及华美现代流通发展有限公司函件记载,2002年10月29日华美现代流通发展有限公司提出股权交易价格为每股1.35元，同年11月25日提出价格为每股1.40元;股权转让协议签订日期2003年3月20日，价格每股1.40元，分三次付款，共计7000万元人民币。韩晓进、张伟春分别代表粤财公司和华美现代流通发

展公司签字。

(13) 华美现代流通发展有限公司转账支票存根、进账单及粤财公司电汇凭证记载,2003年4月3日物美集团转到华美现代流通发展有限公司1400万元,4月4日华美现代流通发展有限公司转到粤财公司;2003年9月2日物美集团转到华美现代流通发展有限公司2100万元,当日华美现代流通发展有限公司转到粤财公司;2004年2月19日物美集团转到华美现代流通发展有限公司3500万元,2月23日华美现代流通发展有限公司转到粤财公司。

(14) 中国保险监督管理委员会批复记载,2003年8月21日同意粤财公司将其持有的泰康公司5000万股股权转让给华美现代流通发展有限公司,受让后,华美现代流通发展有限公司持泰康公司股权比例为5.9524%。

(15) 粤财公司证明及投资股东的营业执照记载,粤财公司的股东均为国有独资、全民所有制单位;粤财公司是国有独资有限责任公司。

(16) 广东省委组织部关于梁棠任职的通知记载,2001年3月20日广东省委组织部同意梁棠为粤财公司总经理人选,2001年5月8日批准其为粤财公司党委副书记,2001年6月聘任其为总经理,2005年5月为党委书记。

(17)《敬业和康投资咨询中心产生过程的说明》记载,1992年张文中组建北京市石景山区兴达计算机技术公司,1993年3月公司名称变更为北京北美卡斯特物产公司(北京卡斯特物资公司),北京卡斯特物资公司1993年8月成立北京卡斯特投资咨询中心,法定代表人为张斌,1999年11月公司名称变更为北京敬业和康投资咨询中心。

(18)《华美现代流通发展有限公司的基本情况》记载,1997年9月成立华美现代流通发展有限公司,法定代表人为田源;2001年11月张文中为法定代表人、董事长;2003年4月董事长由张文中变更为张伟春,股东变更为北京卡斯特科技投资有限公司和北京康平创业投资有限公司。

上述证据,均由公诉机关出示并经庭审质证、核实,本院予以确认。

针对上述事实,被告单位的诉讼代表人提出,收购泰康公司股权及支付530万元人民币的行为均不是物美集团所为。其辩护人提出,物美集团不是单位行贿罪的主体,故其不构成单位行贿罪;支付的530万元好处费不是刑法规定的回扣或手续费。辩护人还向法庭提交了和康友联公司、卡斯特经济评价中心、华美现代流通发展有限公司和敬业和康投资咨询中心的证明、营业执照及工商登记资料;泰康公司的章程、审计报告;证人赵义奎、李亦非、刘永军、李禄安、王坚平的证言及王坚平、吴坚忠、张斌补充说明等证据,以支持其辩护意见。被告人张文中提出,给赵义奎的30万元是劳务费,500万元是给李亦非在收购股权过程中的中介费。其辩护人提出,给赵义奎的30万元中含有正当报酬;500万元不能排除是给李亦非中介费的可能。

对于上述证据及辩解、辩护意见,经查,被告人张文中原供在得知国旅总社出让泰

康公司股份后，主持召开了物美集团董事会会议（张文中在和康友联公司无职务），研究确定由物美集团的关联公司和康友联公司收购国旅总社所持有的泰康公司股份，所需资金由物美集团筹措，通过收购公司支付。和康友联公司、卡斯特经济评价中心、华美现代流通发展有限公司和北京敬业和康公司形式上虽是独立法人，但证人张华、许少川证言证实四公司的财务、记账工作也由物美集团财务部兼职管理，并且受物美集团主管财务的副总裁张斌直接领导；被告人张文中原供述，股权名义上由和康友联公司收购，是因为泰康公司章程规定泰康公司单一股东持股不允许超过10%，当时物美集团已持有8%的泰康公司股权，所以就把股权落在了和康友联公司名下，并且收购款亦由物美集团拨付，所得收益归物美集团所有；收购完成后，张斌在被告人张文中的授意下，通过卡斯特经济评价中心支付给了赵义奎30万元，赵义奎亦证30万元是物美集团张文中给的；张斌通过北京敬业和康投资咨询中心为梁棠支付了好处费人民币500万元。王坚平、吴坚忠、张斌的补充说明并不否定物美集团召开董事会研究收购股权的情节，以上足以证实收购泰康公司股权、给付赵义奎30万元、梁棠500万元好处费系物美集团的单位行为，而非和康友联公司、华美现代流通发展有限公司的行为，物美集团构成单位行贿行为的主体。赵义奎在2004年4月始经和康友联公司推荐担任泰康公司的董事，之前一直担任国旅总社推荐的泰康公司监事，故辩护人提交赵义奎、王坚平、刘永军的证言所证和康友联公司给付赵义奎担任泰康公司董事报酬与本案无关联性。赵义奎所证为物美集团在以华美现代流通发展公司收购泰康公司股权的过程中，以及为物美集团2003年所做帮助工作而收取报酬的情节，与其收取30万元的好处费的原证及证人张斌的证言相矛盾。故对辩护人出示的证据不予采信，所提30万元中含有给付赵义奎报酬的意见不成立。证人李禄安关于转让股权的底价不属于商业秘密的证言不具有客观性。被告人张文中原主动交代为感谢赵义奎在收购股权过程中提供的帮助，给其30万元好处费的供述，与赵义奎原证及证人陈东升所证相符，其当庭推翻原供无正当理由，且无其他证据佐证，其当庭供述不予采信。证人张斌、陈东升、梁棠、李亦非的证言均证实，在李亦非介入收购股权之前，被告人张文中已与粤财公司达成收购股权意向，李亦非也证该情节，张斌的证言也证实500万元是给梁棠的；李亦非还证实其给陈东升打电话说给梁棠的钱该给了；梁棠亦证该笔钱确实给了，也明确该笔钱由李亦非处置，故辩护人所提500万元是给李亦非中介费的意见不予采信。物美集团在收购股权的过程中，给予国家工作人员30万元好处费，是在经济往来过程中在账外给予对方手续费的一种表现形式，对该行为应予刑罚。诉讼代表人、被告人及辩护人的辩护意见均不成立。

二、挪用资金

1997年3月，被告人张文中与泰康公司董事长陈东升（另案处理）商定挪用泰康公司的4 000万元资金申购新股谋利。后张文中指使张斌从泰康公司转出人民币4 000

万元,具体负责申购新股。张文中、陈东升又与中国国际期货有限公司董事长田源(另案处理)商定,通过中国国际期货有限公司所兼管的河南省国际信托投资公司的途径转款,以掩盖挪用情节,炒股所得赢利由张、田、陈三人按3:3:4比例分配。期间,中国人民银行检查,三人遂于1997年7月通过河南省国际信托投资公司,又从泰康公司转出人民币5000万元用于归还前次挪用款项,1997年8月19日张斌归还泰康公司人民币4000万元,同年9月3日和9日又分两次归还了人民币5000万元。期间,炒股共赢利人民币1000余万元。

认定上述事实的证据有:

1. 证人陈东升证言证实,1997年上半年的一天,在张文中的办公室,张文中谈到申购新股可以赚钱。当时泰康公司刚成立,有大笔闲置资金,最后商定从泰康公司拿出4000万元炒股,具体操作由张文中的弟弟张斌来办。田源说炒股的赢利大家按3:3:4的比例分配,田、张分别得3。商定后,其对公司常务副总经理任道德、财务部负责人李艳华说张文中是公司的股东,公司想委托他理财,需要4000万元,让他们办一下。泰康公司没有人知道是将这笔资金用于个人炒股。根据当时的规定,保险公司的资金不能直接炒股,也不能直接借给非金融企业。1997年中国人民银行对泰康公司进行了一次检查,为了既能继续炒股又能应付检查,其与张文中、田源商量从泰康再拿出5000万元由田源所控制的河南国际信托投资公司转回炒股的账户,再由炒股的账户归还泰康。其就又与任道德和李艳华说中期公司想借5000万元的资金,并在相关的手续上签字后,就由财务上去办了,后4000万元、5000万元都收回来了。不久,其与张文中、田源见面时,张文中说炒股赚了1000万元,给其400万元,他二人各300万元。因觉得这件事违法,其没敢拿钱。

证人田源证言所证及被告人张文中提供使用泰康公司4000万元资金由张斌负责炒股、分配收益、转款、逃避检查、回付炒股资金的情节与陈东升所证内容基本一致。证人田源还证,其参与炒股的时间是1997年6、7月份,三人约定由陈东升负责泰康公司出资金;田源负责协调河南信托将陈东升的资金运作到张文中处,张文中和张斌进行股票的炒作;其让师秋明操作转款事项;三人还决定炒股赚的钱仍留在张文中的账上,以后合伙做生意,收益仍就按3:3:4分配;没有谈到要给泰康公司利益的事。后来,其妻赵利从炒股的赢利中借出200万元用于做字画生意。被告人张文中还供,其让张斌以卡斯特投资咨询中心的名义具体操作申购新股;申购新股的资金往来在公司账上没有记账,无任何显示;这事是三个人的事,只是借用公司的名义,与公司经营没有关系。

2. 证人张斌证言证实,其从泰康公司拿出4000万元补签协议后,在国泰证券公司北京方庄营业部以卡斯特投资咨询中心的名义开了股票交易账户,将开户情况和款的到位情况告诉了张文中。泰康公司开出的支票收款单位是空白的,方庄营业部的工作

人员具体怎么填的不清楚。1997年7月的一天,张文中让其去河南省郑州找中期公司下属的河南中期公司总经理师秋明办理4000万元借款,与师秋明商谈并告诉卡斯特投资咨询中心在北京方庄证券营业厅开户账号后,8月初河南省国际信托投资有限公司将4000万元借款打到了账户上,钱到后不久张文中说从河南借的钱也是泰康公司的,让其还泰康公司,同年8月19日从卡斯特投资咨询中心在方庄营业部的资金账号上开出4000万元的转账支票交给了李艳华。1997年9月份还完泰康公司款后,经计算利润约为1050万元,张文中说把零头给其当是劳务费,除去田源的爱人赵利从这个户上借走200万元做字画生意外,其他的都没有支取。

3. 证人李艳华证言证实,其任泰康公司财务副总经理。1997年3月26日下午,其按公司董事长陈东升指示,委托公司股东张斌做国债投资,需要支给张斌4000万元,便签批了支票请领单,当时向张斌和泰康公司投资部要相应的协议,他们不能提供。给张斌支票后,其要求他们补签协议,而投资部不理睬。张斌拿支票后,其觉得没有协议对借款无约束力就让张斌补签了协议。这协议只作为张斌借款的形式,未经公司领导同意,是计财部为规避资金风险而采取的保险措施,盖的章是计财部的。1997年8月份,中国人民银行对泰康公司进行检查发现这笔款违反规定要求纠正。公司遂向卡斯特投资咨询中心发函要求提前结束合同。1997年8月19日这4000万元的本金返还了。

1997年7月30日,陈东升让其从公司在北京证券登记结算中心的户上支取5000万元调回公司。后出纳吴昊说陈东升让把5000万元汇往河南省国际信托投资公司证券交易营业部。财务从公司在北京证券登记有限公司户上填写了一张5000万元的支票,转存到公司以中国嘉德国际拍卖有限公司名义开立的账户,同日又从该户开出一张5000万元、收款人为河南省国际信托投资公司证券交易营业部的汇票。这笔借款一是汇出没有投资协议,资金调拨单上仅有陈东升的签字,二是该笔投资款走公司的委托投资账户即可,不应通过公司以中国嘉德国际拍卖有限公司的名义开立的账户。这笔款项因无协议约束存在很大风险,后其听说人民银行要来检查就向陈东升建议将这笔款尽快调回。陈东升随后和对方联系还款,资金分两笔由1997年9月3日4000万、9日1000万全部调回。收到回款的支票后,均先存到公司以中国嘉德国际拍卖有限公司名义开立的账户,次日又从该户开出支票,存到泰康人寿在北京证券开立的账户中。这5000万元无收益。

证人任道德证言所证陈东升让借款给卡斯特投资咨询中心、中期公司的情节及泰康公司出纳吴昊所证张斌取款4000万元、向河南省国际信托投资公司证券交易营业部转款5000万并分两笔收回的情节,与证人李艳华证言所证内容相一致。

4. 证人师秋明证言证实,其为河南中期公司总经理。1997年7月,田源给其打电话说陈东升所在的中国嘉德国际拍卖有限公司有一笔款需要走一下河南省国际信托

投资公司的账户,款到账后马上打回来,并提供了北京方面接受这部分资金的账号。于是其提供了河南省国际信托投资有限公司证券交易部收到了中国嘉德国际拍卖有限公司汇过来的5000万元款,其当日就安排财务人员将其中的4000万元汇至北京证券交易中心,另1000万元转入了河南中期公司。1997年9月按照田源的指示,把1000万元以退保证金的名义汇给了中国嘉德国际拍卖有限公司。

5. 泰康公司证明及委托投资国债协议、抵押合同记载,1997年3月27日,张斌代表北京卡斯特投资咨询中心、李艳华代表泰康公司签订委托投资额为4000万元的协议,期限一年。卡斯特投资咨询中心以重庆钢铁集团有限责任公司持有的泰康5000万股权作为抵押。该协议印章显示,双方为卡斯特投资咨询中心章和泰康公司计划财务部章。

6. 泰康公司支票请领单、转账支票存根记载,张斌在泰康公司的金额为4000万元的转账支票请领单签字时间为1997年3月26日。批准人李艳华。泰康公司于1997年3月27日开出支票。

7. 泰康公司转账支票、北京证券交易中心进账单、方庄营业部客户存取款凭单、泰康公司银行存款日记账及记账凭证记载,1997年3月27日,泰康公司转到北京证券交易中心4000万元;当日卡斯特投资咨询中心账户273009-51-0050,支票进账4000万元;1997年3月27日张斌在卡斯特投资咨询中心户存入4000万元,股东代码6135。

8. 取款凭条、北京证券登记有限公司转账支票、工行进账单、记账凭证、泰康公司资金往来发票记载,1997年8月19日北京证券登记有限公司转到泰康公司4000万元;1997年8月19日泰康公司收回投资款4000万元;泰康公司收到4000万元后开给卡斯特投资咨询中心资金往来专用发票。

9. 泰康公司证明、保险资金调拨单、北京证券登记公司资金调拨凭证、泰康公司转往中国嘉德国际拍卖有限公司转账支票、银行进账单、工行银行汇票、工行汇票委托书、中国人民银行郑州分行进账单记载内容证实,1997年7月30日陈东升签字由泰康公司转往河南省国际信托投资公司证券交易营业部5000万元;1997年7月30日由泰康公司账户转到中国嘉德国际拍卖有限公司5000万元;1997年7月31日,河南国际信托投资公司证券交易营业部收到中国嘉德国际拍卖有限公司汇来的资金5000万元整。

10. 上海远东证券有限公司郑州经八路证券营业部证明、电汇凭证记载,原河南省国际信托投资公司证券交易营业部于2003年被上海远东证券有限公司收购,更名为上海远东证券有限公司郑州经八路证券营业部。1997年7月31日,河南省国际信托投资公司汇往北京证券交易中心(卡斯特账号273009-51-0050)资金4000万元整,用途退款。

11. 国泰证券有限公司北京分公司存款单、取款单、方庄营业部客户存取款凭单、

北京证券登记公司清算资金调拨凭证、转账支票、工行转账支票、进账单证实,1997年8月4日卡斯特账户收到金额4 000万元;1997年9月3日张斌从卡斯特账户取出4 000万元。1997年9月3日北京证券登记公司转到嘉德国际拍卖有限公司4 000万元。1997年9月4日中国嘉德国际拍卖有限公司开出4 000万元转账支票,存到泰康公司在北京证券登记有限公司开立的账户。

12. 河南中期期货经纪有限公司请划资金申请、银行进账单、汇票委托书、转账支票、进账单记载,1997年7月31日河南国际信托投资公司转往河南中期期货经纪有限公司1 000万元。1997年9月8日河南中期期货经纪有限公司转到中国嘉德国际拍卖有限公司1 000万元。1997年9月22日中国嘉德国际拍卖有限公司开出1 000万元转账支票,存到泰康公司在北京证券登记有限公司开立的账户。

13. 泰康公司证明及财务部说明记载,北京卡斯特投资咨询中心归还4 000万元和5 000万元本金时,未归还利息。泰康公司以中国嘉德国际拍卖有限公司的名义在工行西直门分理处开立账户,实际为泰康公司使用,该账户与中国嘉德国际拍卖有限公司无关。泰康公司在1997年3月27日之前与北京卡斯特投资咨询中心及其关联公司没有业务往来及经济往来;河南信托短期借款5 000万元是陈东升个人决定的,财务部因考虑借款违规,故未入账。

14. 泰康公司情况说明证实,该公司成立时有股东16家,其中11家国有企业,5家民营企业。

15. 中国保险监督管理委员会关于陈东升身份的说明记载,陈东升是根据《公司法》选举产生的董事长,并非国家机构、国有企业、事业单位委派。陈东升不具有国家工作人员身份。

上述证据,均由公诉机关出示并经庭审质证、核实,本院予以确认。

针对上述事实,被告人张文中提出,所诉挪用资金事实是公司履行委托投资协议的行为,非个人挪用。其辩护人主要提出,泰康公司借给并经卡斯特投资咨询中心资金4 000万元投资炒股,且赢利也归单位所有,公诉机关所诉挪用资金的指控与该基本事实不符,故被告人张文中不构成挪用资金罪。辩护人还向法庭提交了泰康公司致卡斯特投资咨询中心《关于终止委托投资国债协议函》、《关于泰康人寿投资资金管理流程的说明》、《投资资金管理办法》、中国人民银行银发(1998)310号通知、证人陈东升的证言等证据,以支持其辩护意见。

对于上述证据及辩解、辩护意见,经查,《委托投资国债协议》签订时间是1997年3月27日,张斌领取金额4 000万元转账支票的请领单时间是1997年3月26日;证人李艳华亦对该《委托投资国债协议》作了说明,该协议未经公司领导同意,是计财部为规避该4 000万元资金风险而采取的保险措施,是先支付款项后签订的,盖的泰康公司财务部门的印章而非公司合同章,故该协议是不合法的,且当时不允许保险公司投资股

票;中国人民银行发现了泰康公司违规使用资金的情况后,以《银发(1998)310号通知》予以纠正,泰康公司才向卡斯特投资咨询中心发出了《关于终止委托投资国债协议函》,以与原《委托投资国债协议》相呼应。故该4 000万元资金是由泰康公司与卡斯特投资咨询中心履行《委托投资国债协议》的辩护意见不成立。被告人张文中原供述及证人陈东升、田源、张斌证言证实,张文中、陈东升、田源三人商定从泰康公司拿出4 000万元炒股,具体由张斌操作,炒股的赢利由三人按比例来分配;田源、张斌均证实该炒股赢利资金曾由田源的家属使用过,证人陈东升亦证因其明知该赢利系违规挪用资金用于炒股而产生的收益故未动用,该足以证实系个人挪用资金行为。泰康公司的《投资资金管理办法》制定时间是2008年,与本案无关;辩护人提交的证人陈东升的证言与原证不符,且不能与其他证据相互印证。故对于辩护人所提证据不予采信,被告人及辩护人的辩护意见均不成立。

三、诈骗

2002年初,被告人张文中得知国家对重点企业、重点项目实行国债贴息补贴政策,遂于被告人张伟春、公司副总裁张斌等人商议此事,并委派张伟春到国家经贸委等部门进行了咨询。在得知该批国债贴息资金主要用于支持国有企业技术改造项目,物美集团作为民营企业不属于国债贴息资金支持的范围的情况下,张文中与张伟春商量后决定以诚通公司(中央直属国有企业)下属企业的名义进行申报。为此,张文中与诚通公司董事长田源多次联系,田源答应了张文中的要求。在张文中的指使下,张伟春等人以虚假资料编制了物美集团技术项目可行性研究报告,以诚通公司下属企业名义上报国家经贸委。物流项目获得审批后,物美集团既未实施,也未向银行申请贷款;物美集团以信息化项目为名,以与和康友联技术有限公司签订虚假设备采购合同和开具虚假发票为手段,获得1.3亿贷款,用于公司日常经营,未实施信息化项目。2003年10月29日,财政部将3 190万元国债贴息资金拨付到诚通公司,后诚通公司将该款汇入物美集团账户,物美集团即将该款用于偿还公司贷款。案发后,已追缴赃款3 190万元。

认定上述事实的证据有:

1. 被告人张伟春原供述,2002年3、4月份的时候,物美公司总裁张文中提出目前国家有给予重点企业的国债贴息政策,物美公司应该去争取获得贴息资金。当时可能是对他与张斌等人讲的,后来张文中让他具体负责此项工作,包括到原国家经贸委咨询、具体申报、项目实施等工作。接受指派后,其先到原国家经贸委找相关人员进行了咨询,并查阅了《国家重点技术改造项目管理办法》、《国家重点技术改造项目国债专项资金管理办法》以及《关于组织申报2002年国债技术改造项目的通知》等文件,搞清了国家重点技术改造项目是以加快国有企业技术进步和产业升级为目标,国债专项资金是指针对国有企业进行系统改造所需资金而予以支持的,民营企业不属于被支持的范

围，物美公司直接向国家经贸委申报国债贴息不会被受理的情况后，如实向张文中作了汇报。后在公司办公会和其他一些非正式会议上具体研究了此事，张文中对其提出的以物美公司是国有中国诚通控股集团公司下属企业的名义申报的方法表示同意。张文中和诚通公司的董事长田源联系后告诉其诚通公司已同意该申报方法。其按张文中的交代到诚通公司联系沟通，就这样，物美填写了申报材料，诚通公司将物美作为自己的下属单位，将材料报到国家经贸委。物美公司以诚通公司下属企业的名义申报贴息资金的具体的建设项目是通州马驹桥物流中心项目、企业信息现代化项目。在确定要上报物流中心项目后，其到通州马驹桥镇去谈过有关租用土地的事。期间公司没有进行实质性的谈判，只是在编制可行性报告时，按要求要有建物流项目的土地规划意见书，于是在通州规划局要了一份土地规划意见书，提供给了编制单位，编制单位据此及其他资料编成了可行性报告。其将此报告及其他资料一并以诚通公司名义上报国家经贸委。物流项目没实施，也没贷款。申请1 760万元贴息资金公司用于还贷款了。其参与了信息现代化项目的专家论证会、联系编制单位对该项目编制了可行性报告、将相关的申报资料报到诚通公司的。信息现代化项目没有按照可行性报告实施，申请下来的1 430万元贴息资金用于物美公司的日常经营了。填报虚假的材料是因为按张文中的意图，要将国债贴息资金申请成功。物美公司的股东有一个北京卡斯特公司，该公司的股东有一个京西硅谷公司，其在京西硅谷公司持有5%左右的股份。

2. 证人张斌证言所证2002年张文中对其讲物美集团要申报国债贴息资金及相应贷款、张文中决定以诚通公司的名义申报、咨询相关情况的内容与被告人张伟春所供相符。还证，物美集团申报贴息资金项目可研性报告是张伟春委托具有编制资质的公司编制的；可研性报告的内容有些内容不真实，主要是为了能顺利的得到国家专项贴息资金；通州区规划局为公司提供的规划意见书没有法律效力；申报的物流项目没有实施、贷款没有到位；用于信息化建设的这1.3亿元人民币贷款用于物美集团的日常经营了，该向银行提供的贷款资料不真实；张文中决定将申请下来的国债贴息专项资金共计3 190万元，还了物美集团在银行的短期贷款本金了，是用国债贴息专项资金还贷款本金的。

3. 证人王坚平证言所证物美集团董事会研究决定由张伟春具体负责国债贴息资金的申报、通过中国诚通集团上报国家经贸委部门的内容与证人张斌、被告人张伟春所供相符。还证，其是物美集团董事会成员，和康友联公司的法人，和康友联公司以前是物美集团的控股企业，一直为物美集团提供IT服务，当时物美集团对和康友联公司财务进行兼管。在信息化项目中，其代表和康友联公司与张斌代表的物美集团签订了总额为7 200万元的IT设备购买合同，内容是物美集团从和康友联公司购进7 200万元的IT设备。签订合同之后，和康友联公司为物美集团开具73份总额7 200万元的货物销售发票。所签的合同没有履行。

4. 证人于滨证言证实,物美集团经过董事会研究申请国债贴息的项目,一个是物流中心,一个是信息化工程,有董事会决议。其主要负责项目的贷款和贴息请款。物流项目没有贷款,有1760万元贴息。信息化项目贷了1.3亿元,贴息是1430万元。信息化项目是其具体与银行联系办理的贷款,公司就做了一套假的购销材料,有假的购销合同和虚开的发票,总金额是7200万元。虚假材料的购货单位是和康友联公司,和康友联和我们是关联公司,和康友联公司的董事长是王坚平,王坚平还是物美集团的副总裁。实际上公司没有从和康友联公司为信息化买设备,把款转到和康友联公司后,又转回物美集团用于了日常经营开支。借款合同和虚假的购销合同都是由张文中签署的。诚通公司领取国债贴息资金后把款转到了物美集团,经过张文中、张斌的同意,这些钱又被添加了一些资金提前归还了银行的一笔5000万元贷款。物流项目在马驹桥做不成,无法向银行提供用地及开工手续,这些都是银行放贷的必备要件,后想易地实施该项目,但最终也没落实。

证人许少川所证物美集团申请国债贴息资金的项目内容、贷款、贴息等资金的流向、虚构购销合同和虚开发票等内容,与于滨证言所证相一致。

5. 证人郝洪枫证言证实,3190万元国债贴息资金这笔钱是于滨让其去诚通公司领的,并给诚通公司开了3190万元的资金往来发票。这笔钱用于归还物美集团的贷款了。证人陈军霞证实,其为物美集团财务出纳。号码为11629584的转账支票存根是公司用于归还贷款本金的一个转账支票存根,一共归还了5000万元人民币,其中3200万元人民币是4998账户转到1200账户的,另外1800万元人民币是从公司招商银行的账号转到1200账户的,然后将这两笔钱共计5000万元归还了在万寿路支行的贷款。是计财部副总监于滨安排其做的。

6. 证人李新证言证实,其于2002年至2003年在原国家经贸委投资规划司信息化处工作。2002年物美集团向国家经贸委申报第八批国债技改项目国债专项资金是其经办的。主要审查材料是否齐全、企业的经营状况、申报项目与确定的专题是否相符。在这一批项目审批过程中,曾有明确的指示要剔除民营企业和合资企业为主体的申报项目。物美集团的张伟春、张斌向他们司咨询国债贴息政策的情况,其曾告诉他们按照通知要求进行申报。如物美集团不是诚通公司的下属企业,诚通公司就不能申报物美集团的项目。物美集团作为民营企业以自己名义申报第八批国债贴息,在审查的过程中就被剔除了。

7. 证人李琳证言证实,其在2002年在国家发改委固定资产投资司任副司长,参与了第八批国债贴息资金的审判。物美集团申报国债贴息过程中,其听过物美集团副总裁张伟春的汇报。2002年审批申报贴息资金的企业时,把民营企业都剔除了,不支持民营企业的申报。在物美集团申报的材料里,其看到物美集团填报的是国有企业诚通公司的下属单位。诚通公司应该对物美集团的企业性质及申报项目负责审查把关。

物美集团如果以民营企业申报应该得不到批准。

8. 证人田源证言证实,其任诚通公司董事长期间,张文中在2001年底找其说国家对企业技术改造贷款有国债贴息政策,物美集团想通过诚通公司申请,其答复物美集团不是诚通公司的下属企业,不具有隶属关系,这样做不合适。后经了解到诚通公司具备申报资格,张文中又多次找,就同意了物美集团通过诚通申报国债贴息。物美集团通过诚通公司申报的国债贴息项目一是物流中心,二是信息系统,两项按2.9亿元的贷款规模申请的国债贴息。2002年9月份,其辞去诚通公司董事长职务后,应张文中要求给继任董事长马正武打个招呼请他继续支持物美集团申报国债贴息。2004年初,张文中告诉其拿到了1亿多元的贴息贷款。

9. 证人罗树清证言证实,2000年财政部核批的诚通公司下属单位中没有物美集团,两公司没有任何关系,后来两个公司的关系也没有发生变化。诚通公司在申报国债贷款贴息中,程序上是将下属公司的上报材料汇总、审查后以集团名义上报原国家经贸委;实体上就是审查上报的项目是否属于集团的项目、是否符合国家要求。将物美集团作为诚通公司的下属单位申报国债贷款贴息,是因为田源给打过招呼要帮张文中的忙。2002年3月前后,物美集团的张斌和张伟春由物美集团填写材料、负责与有关部门联系,诚通公司将物美集团作为自己的下属单位把材料报到原国家经贸委,诚通公司不负责能够批下来,并让张伟春找诚通公司副总裁漆开明、市场部的总经理杨永萍联系。

10. 证人漆开明、杨永萍证言所证被告人张伟春与其联系申办国债贴息资金的情节与罗树清证言所证、张伟春供述一致。杨永萍证言还证,诚通公司转发原经贸委《关于组织申报2002年国债技术改造项目的通知》后,在2002年3月向原国家经贸委报送诚通公司"关于申报2002年国债技术改造项目的报告"时,公司总裁罗树清对其说,把物美集团放在诚通公司的名下,申报材料一并报给国家经贸委。后物美集团的张伟春把物美集团申报的项目材料报给诚通公司后,其依据物美集团的材料,在诚通公司申报2002年国债技术改造项目表上手写加上物美集团的三个项目,经公司领导签批后报到原经贸委。经贸委对批准立项的项目计划书下达到诚通公司,物美集团的两个项目含在其中,其告诉张伟春按国家有关要求完成两个项目的可行性研究报告后,由诚通公司行文统一转报原经贸委。后原国家经贸委正式批复物美集团国债贴息项目后,其将此文件通知了物美集团,有关贴息拨付情况具体由财务部门办理。

11. 被告人张文中原供述得知国债贴息政策后,与张伟春、张斌等人商议并安排张伟春具体负责国债贴息项目的申报、与原国家经贸委联系、编制申报材料等工作的情节,后张伟春建议通过诚通公司上报物美集团申报国债贴息项目,其与田源商议以诚通公司下属企业的名义申报、与诚通公司罗树清联系的情节,在2003年11月份左右,物美集团获得了3 190万元的国债贴息后用于归还公司前期贷款及项目所贷款用于日

常经营的情节,与证人张斌、于滨、王坚平、许少川、田源、罗树清证言所证及被告人张伟春供述相印证。

其原供还供述,是2002年初在上海参加全国推动流通现代化现场会上,得知国债贴息资金政策的,后见到了相关文件。2002年下半年,其主持就申报贴息问题形成了物美集团董事会决议,主要内容是更改申报单位及拆开项目申报之情况,同时授权张伟春负责此事。其对张伟春后来提出为了便于申报,要将物美综合超市申报的物流和信息化项目变更为以物美集团名义分别申报物流项目和信息化项目的意见表示同意。在2002年初的时候,其代表物美集团和通州区政府签订过一个合作协议,内容是物美集团在通州区发展商业、建设网点、物流中心等,但只是一个意向。国债贴息资金是国家无偿给的,按文件要求必须是国有企业或国有控股企业才行,但物美集团是民营股份制企业,所以不能以物美集团名义申报。国债贴息资金管理办法中规定国债贴息资金应设专户,专款专用,只能用于申报获批项目贷款部分的利息偿还,但物美集团申报获批的通州马驹桥物流项目、信息现代化项目均没有实施。

12. 证人张少田证言证实,2002年1月份,北京市政府批准通州区在马驹桥镇建立物流园区,同年5月成立了物流园区管委会,其任管委会主任。同年7、8月份,物美集团的张斌和另外一个人到园区商谈建立物流中心事宜,张新刚陪同考察,张斌说在园区内要500亩地投资建立大型的物流中心。为加快园区建设、满足物美集团尽快立项和进行可研性报告,应张斌要求,同意让规划局副局长刘贵明出具相关证明文件,证明土地已批准为建设物流用地,承诺保证用地规模。出具规划意见书时没有专门开过会,其责成刘贵明办理,刘贵明就让规划局村镇科副科长张瑞云办理此规划意见书,并按要求填写单位名称及使用土地面积。后由张新刚交给物美集团的人。该规划意见书不是规范的文件,没有法律效力,因当时急于招商引资就给物美集团出具了。物美集团就派张斌去谈了那一次,没有谈具体的征地、实施方案。只说要500亩地,让管委会出个证明,他们要立项。之后,再也没谈这个事,更没有实施物流项目。

13. 证人张新刚证言证实,2002年的8、9月份,其陪同物美集团张斌考察时,先在地图上介绍了园区土地的基本情况,后看了实地,加起来总共20多分钟张斌就走了。物美集团的人到通州园区去过就这一次。因为当时园区的详规还没有批下来,故园区管委会没有和物美集团签协议。

14. 证人刘贵明、张瑞云证言证实,北京市通州区规划局《关于北京物美商业集团有限公司规划意见书》不是规范性文件。该规划书没有主要经济指标、文号日期、图纸。还要有将要使用土地的地形图,而不是这份规划意见书所附的项目地理图和项目平面位置图。

15. 证人于淑华、孟黎加证言均证,2002年9月,经张伟春联系,中国商业经济研究中心为物美集团编制了第三方物流改扩建项目的可行性研究报告。当时其与孟黎加

负责编制,从开始委托到提供相关材料都是张伟春联系。中心需要物美集团提供经验相关的基础材料,主要包括:集团的销售情况、人员情况、相关数据,并且必须要有物流项目的土地使用情况。但物美集团的银行贷款证明、自有资金证明、物流项目征用土地证明没有提供。2002年9月初物美就把没装订报告的电子版要走自己装订去了,他们制作完报告后曾拿报告的封面来中心盖过章。听张伟春说编制的,初稿让该中心看后没有给修改,只是讲了一些思路。具体工作是物美集团的人做的。

16. 证人李家庭证言证实,2002年9月份,中元国际投资咨询中心为物美集团编制过第三方物流改扩建项目的可行性研究报告,是张伟春找的。当时张说中商商业经济研究中心已经编出初稿,但其不具备编制可行性研究报告的甲级资质。中商商业经济研究中心从网上把这个报告发过来后,其进行了修改并盖了中元国际投资咨询中心的章。在编制报告时有些材料没有。

17. 原国家经济贸易委员会、国家发展计划委员会、财政部、中国人民银行《关于印发〈国家重点技术改造项目管理办法〉、〈国家重点技术改造项目国债专项资金管理办法〉的通知》记载,国家重点技术改造项目的确定,以加快国有企业技术进步和产业升级为目标;国家重点技术改造项目的企业选择,重点从512户重点企业、120户试点企业集团和行业骨干企业中重点选择领导班子强、管理好、银行信用等级高的国有大型企业和国有控股大型企业;企业法人代表对项目建设、资金使用、达产达效承担终身责任;凡上报项目弄虚作假,欺骗国债专项资金的,要追究企业法人的责任,触犯法律的依法追究法律责任;企业必须在银行设立"国债专项资金专户",并将国债专项资金存入该银行专户,由银行对国债专项资金实行监督管理,专款专用。

18. 国家审计署固定资产投资审计司《关于物美集团有限公司申报使用国债专项贴息3 190万元的审计调查报告》记载,物美集团申报使用国债贴息3 190万元专项资金过程中,申报资料弄虚作假:2002年4月12日,物美集团向原国家经贸委报送《企业基本情况表》电子文件,注明该公司"是国家520户重点企业,是中央管理企业,直属诚通公司"。经查,物美集团系民营企业,既非国家520户重点企业,又非中央管理企业,与诚通公司也没有隶属关系。国债贴息3 190万元没有用于申报项目贴息:物美集团将2003年11月11日收到的国债专项贴息资金3 190万元,直接用于偿还该公司在农业银行北京万寿路支行的贷款。物流中心项目实际未实施:物美集团物流中心项目总投资19 980万元,用于在通州产业园区马驹立交桥东侧建设"主要建筑面积48 040平方米,其他建筑面积12 000平方米,绿地15 000平方米"的项目,经查,该园区没有物美集团申报的项目;中国农业银行因该项目没有实施未给予物美集团贷款,但物美集团仍申领了国债贴息资金1 760万元。信息化项目设备采购业务虚假:物美集团信息化项目总投资19 780万元,物美集团向中国农业银行北京万寿路支行办理贷款的手续中反映,其与北京和康友联技术有限公司签订了采购设备合同,金额19 577万元,并向贷

款银行提供了和康友联公司开具的商业企业专业发票复印件73张,金额总计7 269.535万元,审计核实:和康友联公司为物美集团关联公司,在其2002至2004年会计账簿中没有工资支出,没有工作人员,也未发生任何采购设备业务,仅是用其单位公章为物美集团虚开了上述商业企业专用发票。另,诚通公司报给国家经贸委《关于审批北京物美商业集团信息现代化建设项目可研报告的请示》中注明该项目投资中"进口设备150万美元折合人民币1 240万人民币",经查,和康友联公司没有进口设备,物美集团也未进口设备。和康友联公司在收到上述资金后,次日即将上述资金全部转入物美集团,用于物美集团的日常经营和对外投资,没有用于实施信息化建设项目。

19. 从诚通公司调取的该公司转发的《关于组织申报2002年国债技术改造项目的通知》记载,申报项目应于2002年3月25日前先行上报诚通公司,由该公司研究审定后上报原国家经贸委。

20. 诚通公司报送原国家经贸委投资司的《关于申报2002年国债技术改造项目的报告》及底稿、北京物美商业集团信息现代化建设项目《可行性研究报告》、北京物美商业集团有限公司第三方物流改扩建项目《可行性研究报告》、《关于报送"物美商业集团有关国债技改项目可研报告"的报告》及底稿记载,物美第三方物流建设项目、信息现代化项目、大卖场项目为后来手写加上去的。物美集团申报项目、制定可行性研究报告并由诚通公司上报国家经贸委。

21. 原国家经贸委投资司《关于下达第八批国债技改项目计划的请示》记载,投资司根据第八批国债技改项目计划编制情况汇报后指示精神,对该项目计划进一步调整,剔除了8个不符合要求的中外合资和私营企业的项目。

22. 《关于下达2002年国家重点技术改造项目计划的通知》、《关于下达2003年第二批国债专项资金国家重点科技改造项目投资计划的通知》及附件计划表、《关于下达2003年第二批国债专项资金国家重点技术改造项目资金计划的通知》及附件计划表记载,两个计划表中,物美集团隶属关系均列为中央直属。第三方物流项目总投资1.998亿元,国债资金补助1 760万元;信息现代化建设总投资1.978亿元,国债资金补助1 430万元。项目起止期限均为2003年至2004年。

23. 北京物美商业集团有限公司关于第八批国债技改项目有关事项的董事会决议、诚通公司《关于调整北京物美综合超市有限公司物流中心及连锁经营信息化项目承担单位及有关事宜的请示》、国家经济贸易委员会《关于同意调整北京物美综合超市有限公司物流中心及连锁经营信息化项目承担主体的函》记载内容证明:2003年3月10日,经国家经贸委批准,列入第八批国债技改项目的北京物美综合超市有限公司物流中心及连锁经营信息化项目的承担单位由原来的北京物美综合超市有限公司调整为北京物美商业集团有限公司,项目分拆为物流中心改造和信息现代化二项目。

24. 《财政部关于同意中国诚通控股公司财务关系单列的通知》、中国诚通控股集

团有限公司情况说明记载,物美集团不是诚通公司所属单位成员。

25.《物美集团填报的国债技改企业基本情况表》记载,物美集团是520户重点企业;是中央管理企业;直属关系一栏内容为:所属集团为诚通公司;项目起止期限为2002至2004年;项目责任人为李冬女。

26. 北京市规划委员会通州分局证明,物美集团向国家经贸委提交的"规划意见书"不具有法定的效力。两张附图是物美集团自行制作,附于"规划意见书"后的。该规划意见书内容是:经研究,同意物美集团在通州物流产业园区内规划建设商业项目,拟规划面积333 335平方米。

27. 北京物美商业集团有限公司与北京和康友联技术有限公司的三份《采购合同》记载:2003年5月16日第一份合同,采购设备标的额为72 695 350元,甲方代表为张斌、乙方代表为王坚平。2003年8月20日第二份合同,采购设备标的额61 538 460元,甲方代表为张文中、乙方代表为张伟春。2003年8月25日第三份合同,采购设备标的额61 538 460元,甲方代表为张文中、乙方代表为张伟春。总标的额195 772 270元。

28. 北京物美商业集团有限公司《关于申请国债贴息贷款的报告》、《借款申请书》、《5 000万元借款凭证及会计资料》、《借款合同》记载内容证明,物美集团以信息化项目购买和康友联公司设备为名,分三次从农行贷款5 000万元、4 000万元、4 000万元,共计1.3亿元。

29. 从农业银行万寿路支行提取的73份发票记载,物美集团购买和康友联公司硬件设备后,和康友联公司开具给物美集团的73份商业发票。其中面值998 000元的发票72张,面值839 350元的一张,金额共计72 695 350元;出票日期2003年7月31日。

30.《北京市石景山区国家税务局情况说明》记载,经核实发票字规及号码,和康友联公司开具给物美集团的73份发票中的48份是税务局售给物美集团的;其余25份是售给北京卡斯特科技投资有限公司的。

31.《农行信汇凭证》、《借款凭证》、《用款申请单、进账单、记账凭证》记载内容证明:物美集团从农行于2003年5月26日取得5 000万元贷款后,加上自筹资金共计7 200万元转入和康友联公司的账户。次日,和康友联公司将该款如数转回物美集团。物美集团从农行于2003年8月29日取得两笔共计8 000万元贷款后,加上自筹资金共计1.2308846亿元转入和康友联公司账户,当日,和康友联公司将该款又如数转回物美集团。

32.《物美集团关于信息化项目1.3亿农行贷款使用情况的说明》记载,物美集团分别于2003年5月26日、2003年8月29日从农行万寿路支行贷款5 000万元、8 000万元,共计1.3亿元。该款项加上自筹资金65 088 460元,共计195 088 460元,打入和康友联技术公司。鉴于和康友联公司属于物美集团控股的关联公司,其相应资金一直纳入物美集团资金统一调配使用范围。和康友联公司并没有使用该款项,而是如数打

回物美集团账户,物美集团收到此款后,将款项用于日常开新店、投资、购买相关经营设备设施及偿还贷款等。

33.《中国建设银行进账单》、《转账支票存根、进账单、收贷凭证》、北京物美商业集团有限公司关于2003年5月22日贷款5000万元的资料、《银行支付系统专用凭证》记载内容证明:2003年11月7日物美集团通过诚通公司取得3190万元国债贴息资金,11月11日将该款用于归还物美集团于2003年5月22日在农行的5000万元贷款。

34. 物美集团关于张文中与关联公司关系图表及说明记载,张文中作为自然人在北京卡斯特经济评价中心持股比例为80%;在北京敬业和康投资咨询中心持股比例为80%;在北京和康友联技术有限公司持股比例为40%;在华美现代流通发展有限公司持股比例为35.78%。

35.《河北省人民检察院冀检技鉴司会字(2007)第15号司法会计鉴定书》结论记载,张文中在物美集团注册资本中的投资比例是61.78%,张斌、张伟春在物美集团注册资本中的投资比例都是3.09%。

36. 物美集团情况说明记载,1994年10月,公司成立之初名称为北京物美商城有限责任公司;2002年12月28日,公司名称变更为北京物美商业集团有限公司;2003年7月11日,公司名称变更为北京物美投资集团有限公司;2005年6月3日,公司名称变更为物美控股集团有限公司;张文中一直担任上述公司董事长职务。

北京物美商业集团股份有限公司在2000年8月公司成立之初名称为北京物美综合超市有限公司,张文中担任总经理职务;2002年12月,公司名称变更为北京物美商业股份有限公司,张文中担任公司董事长职务;2003年7月,公司名称变更为北京物美商业集团股份有限公司,张文中担任公司董事长。

37.《中国中期期货经纪有限公司企业资料》记载:中国中期期货经纪有限公司于1992年成立,法定代表人田源。1994年北京物美商城有限责任公司成立时是其的股东,一直到2003年3月将4%的股权转让给北京卡斯特科技投资有限公司。

38. 物美集团任职证明记载,张伟春于1994年12月—2006年,任物美集团行政总监、证券法务总监。吴坚忠现为物美集团董事长。

39. 衡水市公安局扣押物品清单记载,该局于2007年5月29日,扣押物美控股集团有限公司人民币3190万元。

40. 被告人张文中、张伟春的户籍证实了二被告人的基本情况。

上述证据,均由公诉机关出示并经庭审质证、核实,本院予以确认。

针对上述事实,被告人张文中提出,国家国债贴息资金政策不排斥民营企业项目申报,申报国债贴息资金工作是单位行为,该申报项目已分别实施。其辩护人提出被告人张文中不存在诈骗故意。被告人张伟春提出,其在物美集团申报国债贴息资金的工作中,行使的是职务行为;不知道国债贴息资金政策不支持民营企业。其辩护人提

出，被告人张伟春没有诈骗故意。被告人张文中、张伟春的辩护人还向法庭提交了《2003年第二批国债专项资金国家重点技术改造项目投资计划表》、《中国中期投资有限公司情况说明》、物美集团“应付人民政府”账目、开发区整顿政策文件、物美集团与思爱普公司专项服务协议、百子湾物流项目、物美集团2002—2007年信息化项目框架合作协议、物美集团账户余额以及证人门晓伟、吴坚忠、王坚平、张斌、李冬女、蒙进暹、许少川、于滨、袁廷权、张少田、张新刚、葛欣、王希迎、许少川等证言、被告人张伟春自述材料等证据，以支持其辩护意见。

对于上述证据及辩解、辩护意见，经查，被告人张文中原供述在得知国家的国债贴息资金政策后，即安排张伟春对相关文件、政策规定进行了咨询、查阅，原国家经济贸易委员会等部门联合下发的《国家重点技术改造项目管理办法、国债专项资金管理办法》已明确国家重点技术改造项目的确定，以加快国有企业技术进步和产业升级为目标；国家重点技术改造项目选择的企业是国有大型企业和国有控股大型企业。辩护人提交的证人门晓伟的证言中，对该批国家重点技术改造项目的选择亦不否认上述范围。故被告人张文中、张伟春的辩解意见不成立。

国家实行的国债贴息资金针对的是国家重点技术改造项目，二被告人在物美集团为民营企业、以其名义进行申报国债贴息资金不得获批的情况下，隐瞒真相，以物美集团是国有中国诚通公司下属企业的名义，编制虚假材料向国家申报项目国债贴息资金，并虚构购买设备的事实取得相应部分贷款；未按规定实施申报获批项目及使用该国债贴息资金和专项贷款；被告人张文中当庭供述，信息现代化工作及物流园区建设是物美集团企业发展所必需的，故物美集团后来进行的相关工作与其以通州区物流项目和信息现代化项目违法申报、使用骗取的国债贴息资金的行为不具有关联性。故辩护人所提二被告人无诈骗故意、申报项目实施的意见不成立。

物美集团不是诚通公司下属企业，未实施申报国债贴息资金获批的物流及信息化项目，将获得的国债贴息资金用于归还企业贷款，将项目贷款转用于企业日常经营，已有相关证据予以证实；物美集团就申报获批的物流项目未实施，已由证人张少田、张新刚证言证实，物美集团派张斌去通州区就马驹桥镇物流项目谈过一次，且没有谈具体的征地、实施方案，之后再也没谈这事，更没有实施物流项目。故物美集团取得通州区的项目规划意见书后未再就该项目进行相关工作，辩护人提交的通州区工作人员张少田等证人的证言亦不否认该情节，该情节与国家对开发区进行整顿的情况无关联性。《2003年第二批国债专项资金国家重点技术改造项目投资计划表》记载内容印证了物美集团冒用诚通公司下属企业名义申报获批项目的事实，其中所列江苏盐城丰东热处理等五家企业如何申报项目获得批准，不影响二被告人虚构物美集团是国有诚通公司下属企业、用虚假材料编制项目报告、未按规定实施申报获批项目及使用该国债贴息资金和专项贷款的事实认定。物美集团取得国债贴息资金后，为会计账目需要必然建

立“应付人民政府”账目,该与骗取国家国债贴息资金的行为性质无关。故对于辩护人提交的证据不予采信,辩解及辩护意见不予采纳。

本院认为,被告单位物美集团在收购泰康公司股权的过程中,给予国家工作人员好处费,其行为已构成单位行贿罪,被告人张文中作为被告单位直接负责的主管人员,应予刑罚;被告人张文中、张伟春以非法占有为目的,虚构事实,隐瞒真相,骗取国家贷款贴息,数额特别巨大,其行为已构成诈骗罪,应予刑罚。被告人张文中伙同并利用他人职务上的便利挪用泰康公司资金,归个人使用进行赢利活动,数额较大,构成挪用资金罪的共犯,其在追诉时效期间内又犯新罪,应追究其刑事责任。公诉机关指控的犯罪事实及罪名成立,应予支持。关于被告人张文中的辩护人所提指控的单位行贿部分若构成单位行贿罪,则被告人张文中构成自首,行贿500万元系未遂的意见,经查,所诉单位行贿的事实系被告人张文中主动交代,因其当庭推翻原供,且无正当理由和其他证据佐证,故不应以自首论;物美集团收购粤财公司持有的泰康公司股权后,被告人张文中指使张斌找李亦非联系给粤财公司负责人梁棠500万元好处费,张斌经与李亦非联系后支付了该500万元,该单位行贿行为已完成,属于犯罪既遂,犯罪未遂的辩护意见不成立。关于被告人张文中、张伟春的辩护人所提申报国债贴息资金工作是单位行为,刑法未规定单位诈骗罪,故二被告人不构成诈骗罪的意见,经查,被告人张文中、张伟春骗取数额特别巨大的国家国债贴息资金的行为,具有严重的社会危害性,应当定罪处罚,二被告人将犯罪所得处置给单位,不影响其个人诈骗犯罪的构成,故辩护人的意见不成立。被告人张伟春在诈骗犯罪中,受被告人张文中指使参与犯罪活动,所起作用较小,在犯罪中从属地位明显,属于从犯,对其可减轻处罚。被告人张文中、张伟春诈骗所得已予追缴,未造成国家利益损失,该情节应予考虑。为保护公共和公司财产的所有权不受侵犯,维护国家廉政建设和公司财务管理制度,打击犯罪,依照《中华人民共和国刑法》第266条、第393条、第30条、第31条、第25条第1款、第27条、第69条、第89条、第64条、第12条第1款及《全国人大常委会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第11条、《最高人民法院〈关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释〉》第3条之规定,判决如下:

一、被告单位物美控股集团有限公司犯单位行贿罪,判处罚金530万元(自判决生效之日起十日内缴纳)。

二、被告人张文中犯诈骗罪,判处有期徒刑15年,并处罚金50万元;犯单位行贿罪,判处有期徒刑3年;犯挪用资金罪,判处有期徒刑1年,决定执行有期徒刑18年,并处罚金50万元。

(刑期自判决执行之日起计算。判决执行前羁押一日折抵刑期一日,即自2006年12月7日起至2024年12月6日止。)

三、被告人张伟春犯诈骗罪,判处有期徒刑5年,并处罚金20万元。

(刑期自判决执行之日起计算。判决执行前羁押一日折抵刑期一日,即自2007年2月14日起至2012年2月11日止。)

四、被告人张文中、张伟春非法所得予以追缴,上缴国库。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内,通过本院或直接向河北省高级人民法院提出上诉。书面上诉的,应当提交上诉状正本一份,副本三份。

审 判 长 高 辉
审 判 员 张建民
代理审判员 陈永杰
2008年10月9日
书 记 员 刘 聪

附录二

河北省高级人民法院刑事判决书(有删节)

(2008)冀刑二终字第89号

原公诉机关河北省衡水市人民检察院。

上诉单位(原审被告单位)物美控股集团有限公司(原北京物美商业有限公司,以下简称物美集团),单位地址:北京市石景山路3号玉泉大厦10层。

诉讼代表人吴坚忠,男,51岁,物美集团法定代表人。

辩护人高平,河北方圆律师事务所律师。

辩护人左坚卫,北京市共和律师事务所律师。

上诉人(原审被告人)张文中,男,1962年7月1日出生,汉族,博士,捕前系物美集团董事长,住北京市海淀区阜成路77号楼202室。因涉嫌犯行贿罪,挪用公款罪于2006年12月7日被刑事拘留,同月20日被捕。现押于河北省深州市看守所。

辩护人肖艳芬,北京市德律珩律师事务所律师。

辩护人吴建平,北京市东元律师事务所律师。

河北省衡水市中级人民法院审理衡水市人民检察院原审被告单位物美集团、原审被告人张文中犯单位行贿罪、原审被告人张文中犯挪用资金罪。原审被告人张文中、张伟春犯诈骗罪一案,于2008年10月9日作出(2008)衡刑初字22号刑事判决。原审被告单位物美集团、原审被告人张文中、张伟春均不服,提出上诉。本院受理后,依法组成合议庭审理了本案。经过阅卷,讯问被告人的意见,认为事实清楚,决定不开庭审

理。现已审理终结。

原判决认定:

一、单位行贿

1. 2002年,被告单位物美集团在收购中国国际旅行社总社(以下简称国旅总社)持有的泰康人寿保险股份有限公司(以下简称泰康公司)5 000万股股份过程中,被告人张文中向国旅总社总经理办公室主任赵义奎提出让其提供帮助,并承诺给其一笔好处费。在赵义奎的积极协调、帮助下,2002年底,物美集团以其关联公司北京和康友联技术有限公司(以下简称和康友联公司)的名义顺利收购了国旅总社持有的5 000万股泰康公司股份。张文中遂指派张斌给付赵义奎30万元。2003年1月至2004年2月,张斌通过物美集团的关联公司卡斯特经济评价中心以报销费用的方式向赵义奎支付了人民币30万元。

认定上述事实的证据:(与一审判决相同,略)

上述证据,均经庭审质证、核实,予以确认。

2. 2002年被告单位物美集团在收购广东粤财信托投资公司(以下简称粤财公司)持有的泰康股份有限公司5 000万股份过程中,被告人张文中提出事成之后给梁棠500万元好处费。2003年底,物美集团以其关联公司华美现代流通发展有限公司的名义收购了粤财公司持有的5 000万股泰康股份,张文中遂指使张斌通过北京敬业和康投资咨询中心为梁棠支付人民币500万元。

认定上述事实的依据:(与一审判决相同,略)

上述证据,均经庭审质证、核实,予以确认。

二、挪用资金

1997年3月,被告人张文中与泰康公司董事长陈东升(另案处理)商定挪用泰康公司的4 000万元资金申购新股谋利,后张文中指使张斌从泰康公司转出人民币4 000万元,具体负责申购新股。张文中、陈东升又与中国国际期货有限公司所监管的河南省信托投资公司的途径转款,以掩盖挪用情节,炒股所得赢利由张、田、陈三人按3:3:4比例分配。期间中国人民银行检查,三人遂于1997年7月通过河南省国际信托投资公司,又从泰康公司转出人民币5 000万元用于归还前次挪用款项,1997年8月19日张斌归还泰康公司人民币5 000万元,同年9月3日和9日又分两次归还了人民币5 000万元。期间炒股共赢利人民币1 000余万元。

认定上述事实的证据:(与一审判决相同,略)

上述证据,均经庭审质证、核实,予以确认。

三、诈骗

2002年初,被告人张文中得知国家对重点企业、重点项目实行国家贴息补贴政策,遂与被告人张伟春、公司副总裁张斌等人商议此事,并委托张伟春到国家经贸委等部

门进行咨询。在得知该批国债贴息资金主要用于支持国有企业技术改造项目,物美集团作为民营企业不属于国债贴息资金支持的范围的情况下,张文中与张伟春商量后决定以中国诚通控股集团有限公司(中央直属国有企业,以下简称诚通公司)下属企业的名义进行申报。为此,张文中与诚通公司董事长田源多次联系,田源答应了张文中的要求。在张文中的指使下,张伟春等人以虚假资料编制了物美集团技改项目可行性研究报告,以诚通公司下属企业名义上报国家经贸委。物流项目获得审批后,物美集团既未实施,也未向银行申请贷款;物美集团以信息化项目为名,以与和康有技术有限公司签订虚假设备并购合同和开具虚假发票为手段,获得1.3亿贷款,财政部将3 190万元国债贴息资金拨付到诚通公司,后诚通公司将该款汇入物美集团账户,物美集团即将该款用于偿还公司贷款。案发后,已追缴赃款3 190万元。

认定上述事实的证据:(与一审判决相同,略)

上述证据,均经庭审质证、核实,予以确认。

原审法院认为,被告单位物美集团在收购泰康公司股权的过程中,给予国家工作人员好处费,其行为已构成单位行贿罪,被告人张文中作为被告单位直接负责的主管人员,应予追究刑事责任。被告人张文中、张伟春以非法占有为目的,虚构事实,隐瞒真相,骗取国家贷款贴息,数额特别巨大,其行为已构成诈骗罪。被告人张文中伙同他人,并利用他人职务上的便利,挪用泰康公司资金,归个人使用,进行赢利活动,数额较大,构成挪用资金罪的共犯,其在该罪追诉时效期间内又犯新罪,应追究其刑事责任。被告人张伟春在诈骗犯罪中,受被告人张文中指使参与犯罪活动,所起作用较小,在犯罪中从属地位明显,属于从犯,对其可减轻处罚。被告人张文中、张伟春诈骗所得已予追缴,未造成国家利益损失,该情节应予考虑。被告单位物美集团犯单位行贿罪,判处罚金530万元;被告人张文中犯诈骗罪,判处有期徒刑15年,并处罚金50万元、犯单位行贿罪,判处有期徒刑3年、犯挪用资金罪,判处有期徒刑1年,决定执行有期徒刑18年,并处罚金50万元;被告人张伟春犯诈骗罪,判处有期徒刑5年,并处罚金20万元;被告人张文中、张伟春非法所得予以追缴,上缴国库。

原审被告单位物美集团上诉主要提出,其不是单位行贿的主体,认定其构成单位行贿罪的事实不清、证据不足,且没有法律依据。其辩护人主要提出,收购泰康公司股份和支付相关费用的均不是物美集团,其不是涉案行为的主体;认定30万元和500万元是好处费没有事实依据;好处费不是刑法规定的手续费,认定物美集团构成单位行贿没有法律依据。

原审被告人张文中上诉及其辩护人辩护主要提出,物美集团不具有单位行贿的主体资格,给赵义奎的30万元包含正当报酬,500万元不排除是给李亦非的中介费,上述涉案的530万元不是刑法规定的回扣或手续费;申报国债贴息资金属于物美集团的行为,其本人不存在诈骗的故意和行为,物美集团具备申报国债贴息资金的资格,通过诚

通公司申报项目虽不当,但不影响申报项目符合申报要求,取得的贴息资金一部分确实用于申报的信息化项目,物流项目因不可抗力未实际实施,3 190 万元资金只是违反了专款专用的规定,而为非法占有;4 000 万元资金是泰康公司借给卡斯特公司使用,不是挪用资金。

原审被告人张伟春上诉主要提出,其涉案行为属单位行为,其不是适格的被告主体,一审判决违反罪刑法定原则;其只负责申报项目,未获得任何非法利益,没有诈骗的主观故意,不应为指控的全部诈骗行为承担责任;一审判决认定其犯诈骗罪的事实不清,证据不足,没有考虑证据之间的连贯性,其不构成诈骗罪。其辩护人主要提出,立项申报与取得国债贴息资金、项目实施及资金使用之间是独立的公司行为,张伟春没有参与国债贴息资金申领、项目实施及资金使用,也不知道项目资金使用及项目实施的具体情况,因此没有非法占有国债贴息资金的主观故意;申报国债技改项目企业的国有性质不是国债技改项目获批的唯一条件和必要条件,物美公司以诚通公司下属单位名义申报,与物美公司获批国债技改项目之间没有刑罚意义上的因果关系;国债技改项目立项的审批本质上是一种行政许可行为,案发至今没有审批机关对该审批行为的合法性作出认定,即没有被害人的陈述,无法认定上诉人的哪些行为属于刑法意义上的诈骗行为;涉案行为是单位行为,以并未规定单位犯罪的诈骗罪指控张伟春个人的刑事责任,违背罪刑法定原则;张伟春的行为没有任何社会危害性。

辩护人还向本院提供了证人于滨、黄海、刘永军、李禄安、王坚平、赵义奎、李亦非、陈东升等的证言及泰康公司《关于赵义奎在泰康公司任职情况的补充说明》、《股东大会签到表》、《授权委托书》、物美集团工商登记资料、泰康公司 2007 年度分红决议及分红款支付票据、华美公司收分红款票据、衡水市人民检察院从敬业和康投资咨询中心账户取走 1 400 万元的财务凭证、各网站关于技改贴息项目的报道、浙江美欣达印染股份有限公司等六公司的相关材料、物美集团出具的相关说明、物美百子湾、大红门、天津杨台物流配送中心的相关资料等证据材料,以支持其辩护意见。

经审理查明,原判决认定原审被告单位物美集团及原审被告人张文中在收购泰康公司股份过程中,分别给国旅总社总经理办公室主任赵义奎、粤财公司总经理梁棠行贿;原审被告人张文中与泰康公司董事长陈东升、中期公司董事长田源挪用泰康公司资金,炒股谋利;原审被告人张文中、张伟春将物美集团冒充中央直属国有企业诚通公司的下属企业,并以虚假的物流项目和信息化项目,申报并骗取国债贴息资金的事实,有证人证言、书证、鉴定结论等证据证实,原审被告人张文中、张伟春在侦查、审查起诉阶段亦供认不讳,且供述内容与上述证据能够相互印证,足以认定。上述证据均经一审庭审质证、认证,本院予以确认。

对上诉单位物美集团、上诉人张文中及其辩护律师所提,收购公司股份和支付相关费用的均不是物美集团,物美集团不是单位行贿主体的上诉理由和辩护意见,经查,

本案收购泰康公司股份的是物美公司的关联公司和康友联公司与华美现代流通公司，支付的收购费用先由物美集团筹措，后拆借给两公司付出，以上内容均是由物美集团董事会研究、决定。物美集团给赵义奎、梁棠的好处费则是在张文中的指使下，由张斌分别从物美集团的关联公司卡斯特经济评价中心与北京敬业和康投资咨询中心支付。证人张华、许少川的证言证实，上述四公司的财务、记账工作由物美集团财务部兼职管理，并受物美集团主管财务的副总裁张斌直接领导。以上事实说明，和康友联公司投资咨询中心虽是独立的法人，但收购泰康公司股份并支付好处费的实际决定者是物美集团及上诉者张文中，上述四公司仅是具体的执行机构。因此，足以认定物美集团具有单位行贿的主体资格。该上诉理由和辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于上诉单位物美集团、上诉人张文中及其辩护人所提，给赵义奎的30万元包含正当报酬，500万元不排除是给李亦非的中介费，认定为好处费没有事实依据，认定物美集团及张文中构成单位行贿的事实不清、证据不足的上诉理由和辩护意见，经查，赵义奎从卡斯特经济评价中心取得30万元是在2003年1月至2004年2月，而赵义奎在1997年9月至2003年11月一直担任国旅总社总经理办公室主任，其退休后才于2004年4月经和康友联公司推荐担任泰康公司的董事，因此赵义奎没有从和康友联公司取得报酬的正当理由，且该30万元赵义奎是以会议费、装修费名义支取，此种隐蔽的支取方式更进一步印证该款并非报酬。证人陈东升、梁棠、李亦非、张斌的证言、上诉人张文中在侦查阶段的供述及相关书证证实，张文中通过陈东升得知粤财公司欲出售该公司持有的泰康公司的股份后，即通过陈东升找梁棠，商议收购之事，并承诺给梁棠好处费，梁棠承诺同等条件下优先转让给张文中的公司，但要按程序办。之后的具体操作过程中，李亦非参与其中，并向张文中提出事成之后给梁棠500万元好处费。后粤财公司将泰康公司股份以每股1.45元的价格挂牌交易，到期后交易未成功，遂以每股1.4元的价格出售给物美集团的关联公司华美现代流通公司。之后，李亦非通过陈东升向张文中所要张答应给梁棠的好处费。张文中让张斌办理此事，后张斌通过北京和康投资咨询中心以广告代理费、电视节目制作费的名义，支付李亦非的华艺广告公司、华艺文化公司500万元。从上述过程可以看出，李亦非在物美集团收购粤财公司持有的泰康公司股份过程中，并未起实质作用，只是搭桥、收取好处费，对此，张文中、梁棠、李亦非均有明确认知，故不存在张文中给予李亦非500万元好处费的可能性。梁棠至案发时未从李亦非处支取或处分该好处费，不影响物美集团及张文中单位行贿罪的成立。综上，物美集团及张文中单位行贿的事实清楚，证据确实充分，足以认定。该上诉理由和辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于上诉单位物美集团、上诉人张文中及其辩护人所提，好处费不是刑法规定的回扣或手续费，认定物美集团、张文中构成单位行贿罪没有法律依据的上诉理由和辩护意见，经查，好处费与《刑法》第393条规定的回扣、手续费仅是名称的不同，其在刑

法意义上并无实质区别。该上诉理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于上诉人张文中及其辩护人所提,4 000 万元资金是由泰康公司借给卡斯特公司使用,不是其挪用资金的上诉理由和辩护意见,经查,证人陈东升、田源、张斌及上诉人张文中在侦查阶段的供述证实,张文中、陈东升、田源商议从泰康公司拿出 4 000 万元炒股谋利,具体由张斌操作,赢利由三人按比例分配。泰康公司与卡斯特投资咨询中心签订的《委托投资国债协议》,是在张斌从泰康公司取得 4 000 万元转账支票后,泰康公司财务部工作人员为规避资金风险而采取的保险措施,该行为不能改变张文中、陈东升等人挪用泰康公司资金行为的性质。张文中等人挪用泰康公司资金赢利 1 000 余万元,对此张文中、陈东升均明知,但至案发时的近十年内,二人却始终未提及按《委托投资国债协议》或用其他方式解决因该协议产生的问题,这进一步印证了张文中等人从泰康公司转出该款时,并非为公司利益,更不是单位之间的拆借行为。故该上诉理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于上诉人张文中、张伟春及其辩护人所提,物美集团具备申报国债贴息资金的资格,通过诚通公司申报项目虽不当,但不影响申报项目符合申报要求,取得的贴息资金一部分确实用于申报的信息化项目,物流项目因不可抗力未实际实施,3 190 万元资金只是违反了专款专用的规定,而未非法占有;申报国债技改项目企业的国有性质不是国债技改项目获批的唯一条件和必要条件,物美公司以诚通公司下属单位申报,与物美公司获批国债技改项目之间没有刑罚意义上的因果关系的上诉理由和辩护意见,经查,原国家经济贸易委员会等部门下发的《国家重点技术改造项目管理办法》、《国家重点技术改造项目国债专项资金管理办法》明确规定,国家重点技术改造项目的确定,以加快国有企业技术进步产业升级为目标;国家重点技术改造项目的企业选择,重点从 512 户重点企业、120 户试点企业集团和行业骨干企业中重点选择领导班子强、管理好、银行信用等级高的国有大型企业和国有控股大型企业。在此情况下,物美集团作为民营企业,却假冒属于 512 户重点企业的诚通公司的下属企业,并以根本不具备实施条件的物流项目和信息化项目进行虚假申报,取得贴息资金后,也未用于申报的具体项目,而是用于偿还公司贷款。以上情节,均有相关书证及证人证言证明,足以认定。该上诉理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于上诉人张文中、张伟春及其辩护人所提,申报国债贴息资金属于物美集团的单位行为,张文中、张伟春不存在诈骗的故意和行为,不是适格的被告主体,以并未规定单位犯罪的诈骗罪追究二人的刑事责任,违背罪刑法定原则的上诉理由和辩护意见,经查,张文中、张伟春实施犯罪所得归于其所在单位的诈骗行为,具有严重的社会危害性,应当依法追究刑事责任。张文中、张伟春将犯罪所得归于单位,是二人对犯罪所得的处分,不影响对其个人诈骗犯罪的认定,以诈骗罪追究其刑事责任并不违反罪刑法定原则。该上诉理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于上诉人张伟春所提,其只负责申报项目,未获得任何非法利益,没有诈骗的主观故意,不应为指控的全部诈骗行为承担责任,一审判决没有考虑证据之间的连贯性,其不构成诈骗罪的上述理由,及其辩护人所提,立项申报与取得国债贴息资金、项目实施及资金使用之间是独立的公司行为,张伟春没有参与国债贴息资金申领、项目实施及资金使用,也不知道项目资金使用及项目实施的具体情况,因此没有非法占有国债贴息资金的主观故意的辩护意见,经查,物美集团假冒国有企业的下属企业,以虚假的物流项目和信息化项目,申报并骗取国债贴息资金,其本身为连贯的整体行为。上诉人张伟春作为直接的实施人员,参与了上述行为的大部分环节,且其对上述行为的虚假性质及商户行为的目的是为取得国债贴息资金是明知的,因此,足以认定其有诈骗的主观故意,其行为构成诈骗罪。但考虑到其在犯罪活动中处于辅助地位,为参与资金的取得、使用等环节,属从犯,且从事诈骗犯罪的目的不是为个人占有、挥霍赃款,对其可从轻处罚。上述情节一审判决均已确认,并在量刑时予以体现。故该上述理由和辩护意见本院不予采纳。

对于上诉人张伟春的辩护人所提,国债技改项目的审批本质上是一种行政许可行为,案发至今没有审批机关对该审批行为的合法性做出认定,即没有被害人的陈述,无法认定上诉人的哪些行为属于刑罚意义上的诈骗行为的辩护意见,经查,国债技改项目立项的审批确属行政许可行为,但行政许可行为中的犯罪行为同样受刑法所调整,以非法占有为目的、虚构事实、隐瞒真相,骗取国有资金的行为构成诈骗罪,且犯罪行为的认定并不以审批机关的合法性认定为前提。本案张伟春等人诈骗的对象国债贴息资金,侦查机关在侦破其他案件过程中发现犯罪线索,即依法移送有权机关立案审查,之后向法院提起公诉,这本身即是对国有财产的保护,且审批机关的相关人员在侦查、提起公诉的过程中均提供了证言,上述证据在一审庭审中亦进行了质证、认证,结合本案其他证据,足以认定上诉人张伟春在张文中的指使下,将物美集团假冒国有企业的下属企业,以虚假的物流项目和信息化项目申报国债贴息资金的诈骗行为属实。故该辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于辩护人向本院提交的相关证据材料,经查,相关证人大部分在侦查、提起公诉阶段提供过证言,且经一审法庭质证、认证。此次所提供证言,或与原证言或其他证据不符,但均得不到其他相关证据印证,或与原证言并不矛盾,或与本案无关;所提供的其他证据材料,大部分与本案无关,其他部分与卷内相关证据矛盾,且得不到其他证据印证,故所提供证据材料均不予采纳。

本院认为,上诉单位物美集团在收购泰康公司股权过程中,违反国家规定,给予国家工作人员好处费,其行为已构成单位行贿罪;上诉人张文中作为物美集团直接负责的主管人员,应当承担相应的刑事责任。上诉人张文中、张伟春以非法占有为目的,将物美集团冒充为国有企业的下属企业,通过呈报虚假的项目,骗取国债贴息资金,数额

特别巨大,其行为均已构成诈骗罪。上诉人张文中的上述行为虽然发生在1997年,但其在该罪的追诉时效内又犯新罪,该罪亦应追究刑事责任。上诉人张伟春在诈骗犯罪活动中,起辅助作用,属从犯,可减轻处罚。本案诈骗数额虽然特别巨大,但在案发后诈骗款项已全部追缴,未给国家造成实际经济损失;同时考虑到诈骗犯罪的目的不是为了个人占有,对上诉人张文中、张伟春可酌情予以从轻处罚。原判决以诈骗罪判处上诉人张文中有期徒刑十五年,量刑偏重。综上,原判决认定事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,审判程序合法,但对上诉人张文中诈骗罪量刑不当,应予改判。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第(一)、(二)项、第197条和《中华人民共和国刑法》第266条、第69条的规定,判决如下:

一、维持河北省衡水市中级人民法院(2008)衡行初字第22号刑事判决第一、三、四项及第二项中对被告人张文中单位行贿罪、挪用资金罪的定罪、量刑和诈骗罪的定罪部分,即被告单位物美控股集团有限公司犯单位行贿罪,判处罚金530万元;被告人张文中犯单位行贿罪,判处有期徒刑3年、犯挪用资金罪判处有期徒刑1年、被告人张文中犯诈骗罪;被告人张伟春犯诈骗罪,判处有期徒刑5年,并处罚金20万元;被告人张文中张伟春非法所得予以追缴,上缴国库。

二、撤销河北省衡水市中级人民法院(2008)衡行初字第22号刑事判决第二项中对被告人张文中诈骗罪的量刑及决定执行刑罚部分,即被告人张文中犯诈骗罪,判处有期徒刑15年,并处罚金50万元及决定执行有期徒刑18年,并处罚金50万元;

三、上诉人张文中犯诈骗罪,判处有期徒刑10年,并处罚金50万元,与所犯单位行贿罪、挪用资金罪并罚,决定执行有期徒刑12年,并处罚金50万元。

(刑期自判决执行之日起计算。判决执行前羁押一日折抵刑期一日,即自2006年12月7日起至2018年12月6日止。)

本判决为终审判决。

审 判 长 崔雪芹
代理审判员 李向东
代理审判员 梅 芳
2009年3月30日
书 记 员 杨瑞池

(五) 妨害社会管理秩序罪

"熊猫烧香"病毒案的法理研究

袁　慧*

一、选案理由

近年来,随着计算机的发展与普及,计算机犯罪案件和网络犯罪案件不断增长。由于计算机犯罪属于新型犯罪,我国相关的法律法规较少,并且缺乏一定的理论研究和司法实践,因此各地法院在对此类犯罪案件的认定上有很大分歧,还没有形成统一的标准,并导致作出的判决各异。"熊猫烧香"案作为中国第一起因计算机病毒犯罪而进入司法程序的案件,引起了法律界人士的关注。虽然此案早已尘埃落定,犯罪人也已刑满释放,但此案是我国首例制作计算机病毒大案,也是我国首例利用网络病毒盗号牟利的案件。有关此案的定罪量刑问题引发了刑法学界和法律实务界的广泛争论,从而也暴露出了我国刑法中关于计算机犯罪相关理论的不足,特别是对利用计算机盗窃虚拟财产案件的定性问题。本案涉及的游戏账号等虚拟财产是随着网络的发展出现的新兴事物,其是否具有财产特征,是否应当属于盗窃罪的犯罪对象,我国法律并无明确规定,因此需要对这一问题进行研究探讨。对"熊猫烧香"案件相关问题的法理研究,也有助于我国法院今后对此类犯罪案件的分析和判定。

二、基本案情

2006 年 10 月,被告人李俊利用曾在国外某网站下载的一些计算机病毒源代码,在对这些计算机病毒源代码进行修改的基础上制作出了"熊猫烧香"病毒。"熊猫烧香"病毒能够侵入并感染计算机本机、U 盘和局域网,并对本机、U 盘和局域网的部分功能产生破坏作用,而且能中止许多防火墙和反病毒软件的运行。感染了这种病毒的计算机会自动访问链接指定的网站,并会自动下载恶意程序等。

李俊在制作出"熊猫烧香"病毒后,让其好友雷磊为他提出一些修改建议以完善此

---

* 北京师范大学法学院 2007 级刑法学硕士。

病毒。雷磊看过之后认为该病毒存在两个问题:一是改变被感染文件的图标;二是没有隐藏病毒进程。雷磊建议李俊对"熊猫烧香"病毒从这两个方面进行修改,但没有把具体的修改方法告诉李俊。

2006年11月中旬,李俊在互联网上出售该病毒,同时还赠送给其他网友约10个"熊猫烧香"病毒,并请被告人王磊及其他网友帮助出售该病毒。随着病毒的出售和赠送,"熊猫烧香"病毒传播迅速,短时间内笼罩了整个互联网,从而使大量用户自动链接访问李俊的个人网站,导致其网站访问量大幅上升。王磊见此便提出为李俊卖网站"流量",并联系了被告人张顺购买李俊网站的"流量",由李俊和王磊平分所得收入。为了提高李俊网站的访问速度,畅通网络拥堵,李俊和王磊商量后决定,由李俊、王磊每月各负担800元租金,用化名董磊为李俊的网站在南昌锋讯网络科技有限公司租了一个2G内存、百兆独享线路的服务器。张顺在购买了李俊网站的流量后,先后将9个游戏木马(即盗号木马)通过互联网发给王磊,王磊再将这9个游戏木马转发给李俊,然后由李俊将这9个游戏木马挂在其个人网站上,盗取自动链接访问其网站的游戏玩家的"游戏信封"(含有游戏账号和密码的电子邮件)。挂在李俊网站上的游戏木马将盗取的"游戏信封"自动的发给张顺,张顺则将这些"游戏信封"进行拆封、转卖,从而获取利益。

2006年12月初,李俊按照雷磊的建议对"熊猫烧香"病毒进行修改,不过由于技术原因,病毒虽然进行了修改,但只能使别人的图标变花、变模糊,而且隐藏病毒进程的问题也没有得到解决。李俊又将修改后的病毒挂在其个人网站上,但修改后的病毒没有被出售和赠送。

李俊以每个500元至1 000元不等的价格,将制作的"熊猫烧香"病毒通过自己出售和由他人代卖的方式,共销售给120余人,从中非法牟利10万余元。而购买病毒的人再进一步地传播,使该病毒的各种变种在网上又造成大面积的传播。据统计,中了"熊猫烧香"病毒并被其控制的电脑有数百万台,这些电脑访问的按流量计费的网站,一年可以因此获利上千万元。

从2006年12月到2007年2月,通过"熊猫烧香"病毒的传播,李俊获利145 149元,王磊获利80 000元,张顺获利12 000元。由于"熊猫烧香"病毒在互联网上的大肆传播,导致北京、天津、上海、河北、山西、辽宁、湖北、广东等省市许多公司、企业和个人的计算机不能正常运行。2007年2月2日,李俊关闭了其网站,并再未开启该网站。2007年2月,李俊、王磊、张顺、雷磊分别被湖北省仙桃市公安局抓获归案。

据李俊个人交代,他编写"熊猫烧香"病毒时具有很强的商业目的,既可以控制受感染电脑,暗中访问一些按访问流量付费的网站,从而获利;一些病毒变种中还含有盗号木马,又可以暗中盗取用户账号,以供出售牟利。2007年9月,湖北省仙桃市人民法院依法作出判决,4名被告均构成破坏计算机信息系统罪,并分别被判处有期徒刑1年到4年不等。

三、裁判要旨

违反国家规定,对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行,后果严重的,处5年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处5年以上有期徒刑。

违反国家规定,对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作,后果严重的,依照前款的规定处罚。

故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,影响计算机系统正常运行,后果严重的,依照第1款的规定处罚。

四、引发的理论问题

"熊猫烧香"案是一起典型的网络犯罪案件,虽然本案构成破坏计算机信息系统罪毫无疑问,但对于制作和传播计算机病毒并从中牟利的情节应当如何认定,是否构成盗窃罪,学界有不同说法,由于没有明确规定,导致对其犯罪后果的认定有不同争议;本案中对被告人非法获取的20多万元没有定性,只是予以没收,上缴国库。其获取的20多万是通过出售计算机木马程序窃取的网络游戏账号等虚拟财产取得的,对虚拟财产是否属于法律保护的财产,是否属于盗窃罪的对象,刑法没有明确规定。因此,本案所涉及的刑法学问题主要是:

1. 制造和传播计算机病毒并从中牟利的情节应当如何认定。
2. 网络虚拟财产的定性问题。

五、制作和传播计算机病毒并从中牟利的情节如何定性

(一)国内外相关的案例

1988年11月,22岁的美国康奈尔大学研究生罗伯特·莫里斯将一个名为"蠕虫"(Worm)的病毒程序输入到美国的计算机网络INTERNET网,此病毒能够攻击UNIX系统缺陷,这一病毒的传播造成了数千万美元的损失。罗伯特·莫里斯也因此被判3年缓刑,这就是著名的INTERNET网络事件,也称为"莫里斯"事件。[①] 罗伯特·莫里斯也成为历史上第一个因为制造计算机病毒受到法律惩罚的人。

近年来,又出现了"冲击波蠕虫"和"震荡波"病毒,被一些业界人士称为有史以来破坏性最强的病毒,并发生了一系列计算机病毒案件。微软公司曾表示称这类病毒袭击对其造成了高达数百万美元的损失,而且是可能影响到防务、医院系统及商业系统的非常严重的犯罪行为,微软公司因此拨重金悬赏帮助政府抓获并起诉计算机病毒制

---

① 参见《莫里斯与病毒》,载《电脑报》1992年1月3日,第4版。

造者。

2005 年,我国上海市发生一起盗窃 Q 币及游戏点卡的案件。2005 年 7 月被告人孟动从网络上下载了一个木马程序,这一木马程序具有盗窃账号密码的功能,他将其挂靠在一论坛上,当有人点击该论坛的木马程序时,点击者的计算机便会感染病毒。在此中毒计算机上输入的账号密码便会以电子邮件的方式发送到孟动的邮箱里。该案是上海市首起涉及窃取"在线直销系统"账号密码,盗窃网络虚拟财物的刑事案件。本案被告以盗窃罪被判处有期徒刑 3 年,但宣告缓刑。同年,天津市也发生了一起利用黑客程序通过互联网,盗窃某公司腾讯、网易在线充值系统的登陆账号和密码的案件。本案被告也被以盗窃罪判处有期徒刑 3 年,缓刑 3 年。[①]

从以上相关案例可以看出,行为人经常会利用计算机病毒或木马程序等破坏性程序盗取被害人的信息,以出卖牟利。这些行为通常会涉及破坏计算机信息系统罪和盗窃罪两个罪名。本文中的"熊猫烧香"病毒案件中被告人在实施制作、传播计算机病毒等犯罪活动中,也同样有盗窃他人游戏账号信息的行为,这种行为是构成犯罪,还是不构成犯罪,构成犯罪是按数罪处理,还是以一罪处理,学界存在不同的观点。一种观点认为,对于制作和传播计算机病毒并从中谋利的行为,刑法中并没有相关的罪名,只能根据刑法对破坏计算机信息系统罪中所规定的"故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,影响计算机系统正常运行,后果严重"的情节来认定其构成破坏计算机信息系统罪,然而刑法及其相关解释并未对"后果严重"作出明确的界定和说明,因此对被告人的行为是否应当定罪处罚,在法律上存在空白并在实践中存在障碍。另一种观点认为,被告人制作和传播病毒的目的在于牟利,因此制作和传播病毒的行为是手段,获取非法利益是目的,因此应该构成盗窃罪。笔者认为两种观点都不完全正确,本案主要涉及到破坏计算机信息系统罪,而我国 2009 年《刑法修正案(七)》对计算机犯罪又增加了几个新的罪名,即为非法侵入、控制计算机信息系统非法提供程序、工具罪和非法获取计算机数据罪、非法控制计算机信息系统罪。因此,应当从破坏计算机信息系统罪入手,了解其特征及与其他罪名的关系,之后分析新的刑法修正案施行后,应如何对此类案件进行定性。

(二)破坏计算机信息系统罪的认定

根据我国《刑法》第 286 条的规定,破坏计算机信息系统罪,是指违反国家规定,对计算机信息系统功能或计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行破坏,其后果严重的行为。[②]

本罪归属于刑法分则中的扰乱公共秩序罪,但此罪侵犯的重要客体是网络公共安

---

① 谢望原、赫兴旺:《中国刑法案例评论》(第二辑),中国法制出版社 2008 年版,第 429 页。

② 冯英菊:《计算机犯罪罪名设置的立法探讨》,载《法学与实践》1997 年第 4 期。

全,因为破坏计算机信息系统罪造成的后果一般是使众多计算机网络遭受破坏,造成重大经济损失。关于本罪的客体,有两种不同观点:一种观点认为本罪客体是简单客体,只是国家对计算机系统的管理秩序。[①] 另一种观点认为本罪不仅侵犯了计算机信息系统安全管理秩序,同时也侵犯了计算机信息系统所有人或者合法用户的合法权益。[②] 笔者同意第二种观点,此观点比较全面的揭示了该罪的本质特征。

本罪在主观方面表现为故意,即明知自己所实施的删除、增加、修改等行为,会发生破坏计算机信息系统功能的后果,或者明知对计算机信息系统中存储、处理或传输的数据进行删除、增加、修改,会造成计算机信息系统的破坏,并且希望或放任这种行为的发生;或者明知自己制作、传播计算机病毒的行为会发生破坏性后果,而希望或放任这种行为的发生。这种故意既可以是直接故意,也可以是间接故意。在司法实践中,也有过失制作和过失传播计算机病毒等破坏性程序的行为。[③] 但由于我国刑法规定,对于过失行为,法律有规定的才负刑事责任,因此过失行为不构成本罪。行为人的动机可能多种多样,通常具有泄愤报复、窃取国家秘密、实现非法经济利益,或满足好奇心等目的。但是动机和目的如何并不影响本罪的构成。

由于法律对本罪的主体身份没有作出限制规定,因此本罪是一般主体,即年满16周岁具有完全刑事责任能力的自然人。实践中实施此类犯罪行为的一般是具有较高计算机水平的人,尤其是受过高等专业教育的人,并以青少年居多。因此有许多学者认为,应当降低本罪主体的年龄,扩大到14周岁;同时,本罪的主体也可以是单位,由于法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任,而本罪没有规定单位犯罪,在出现单位或团体犯此罪时,在刑法中找不到处罚依据,因此建议在立法上增加单位犯罪。[④] 笔者赞同此罪增加单位犯罪的观点,但由于本案并不涉及有关主体的问题,对这一问题就不再加以深述。

本罪在客观方面表现为违反国家规定,破坏计算机信息系统功能和信息系统中存储、处理、传输的数据和应用程序,后果严重的行为。根据本条规定,包括下列三种情况:(1)破坏计算机信息系统功能;(2)破坏计算机数据和应用程序;(3)故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序,影响计算机系统正常运行。因此,只要行为符合上述三种情况之一,就构成破坏计算机信息系统罪,本案中的被告人实施的即是破坏计算机信息系统罪中的第三种情况。所谓破坏性程序,是指隐藏在计算机信息系统中的数据文件中的或执行程序里的,能够在计算机内部运行以干扰、影响其功能进行的一种程序。我国当前的计算机破坏性程序,主要是计算机病毒。在新《刑法》规定制作、传播

---

① 刘晓红:《试论破坏计算机信息系统罪》,载《法制与社会》2006年第10期。
② 王作富、黄京平:《刑法》,中国人民大学出版社2004年版,第462页。
③ 参见刘广三:《计算机犯罪论》,中国人民大学出版社1996年版,第190页。
④ 参见刘绪凯、杨德莲:《略论破坏计算机信息系统罪》,载《安徽警官职业学院学报》2009年第2期。

破坏性计算机程序罪之前,国内刑法理论界一般将这一罪名称之为制作、传播计算机病毒罪。从而可以看出计算机病毒是最严重的破坏性程序。本案中的“熊猫烧香”病毒即是一种计算机病毒,本案也是典型的制作、传播计算机病毒罪并成为我国的首例网络病毒犯罪。因此笔者主要对制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪的认定问题进行分析。

(三)认定制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪应该注意的问题

1.“后果严重”的认定

制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪是结果犯,必须具有特定的犯罪结果才能使本罪成立,因此,是否造成严重后果,是本罪与非罪行为的分水岭。如果行为人只有故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序的行为,但没有发生严重后果,或者发生的后果并不严重,则不构成此罪。我国《刑法》第286条中的3款条文都明确规定了,不论是哪一种行为,造成的影响必须要达到“后果严重”。如果只有犯罪动机和犯罪行为,而没有犯罪后果的,不应该入罪;如果产生了犯罪后果,但又未达到“严重的”程度的,也不应予以定罪处罚。那么何为“后果严重”,具体应包括哪些情形,我国刑法并未作出明确规定,但刑法理论上通常的理解是,造成了人身伤亡或者造成了公私财产的重大损失,或者造成了公共秩序的混乱等严重后果,这种后果既包括直接损失,也包括间接损失。同时也有学者认为犯罪主体职务的特殊性也会影响后果的严重性,比如从事信息服务业的职员、操作员、程序员、系统管理员或者公务员,他们一般具备较高的计算机知识和操作技术,并具有操作计算机的条件,犯罪后容易逃避侦查和起诉,主观上犯罪的可能性更大,而且造成破坏的可能性也较大,因此,这些特殊人员在造成的后果严重性上应与一般的犯罪人有所区别。① 对这种观点笔者持否定的态度,“刑法面前人人平等”,不能因为某些特殊主体的犯罪可能性大,就对其造成的严重后果制定较低的标准,这样不仅有违我国刑法的基本原则,而且可能会遏制人们从事高科技工作的积极性,不利于我国的科学事业和经济的发展。

根据我国《刑法》第286条的规定,后果严重是构成制作、传播计算机病毒等破坏性程序罪的必备要件,同时刑法还对后果“特别严重”规定了更重的刑罚。由于后果是属于“严重”还是“特别严重”会导致不同的量刑结果,因此,对后果“特别严重”也应当有一定的界定标准。对于后果“特别严重”的具体情形,刑法也没有明确的具体规定,司法机关也没有明确的司法解释,从而在实践中对其进行认定具有一定的困难。但一般认为后果“特别严重”包括以下几种情形:造成数量众多的计算机长时间无法正常工作,造成严重损失的;造成社会秩序严重混乱,导致公私财产重大损失的;造成自然灾害或引发国际冲突等。对于造成的后果是“严重”还是“特别严重”,可以考虑以下

① 参见蒋平:《新刑法涉及计算机犯罪的条款析义》,载《南京社会科学》1998年第7期。

几方面:一个是系统受到损坏的程度。如果造成了系统瘫痪,从而导致系统不能正常运行或者系统瘫痪时间较长,较长时间无法恢复工作,应当属于后果"特别严重";第二个是经济损失情况,既包括系统本身受到的经济损失,也包括由于系统不能正常运行而造成的经济损失,根据共同产生的损失数额来确定后果"严重"还是后果"特别严重";第三个是工作受到影响的程度。由于计算机系统受到破坏而导致计算机某项功能受损,致使正常工作受到影响,可以把工作受到影响造成的损失作为界定后果"严重"还是"特别严重"的一项标准。

笔者认为,对行为人造成的后果是否严重及具体的量刑,可以从以下两个方面进行判断:一是结果严重的程度。具体来说就是行为人的制作、传播行为如果仅造成一般后果,例如只导致一些计算机或个别单位的计算机无法正常运行或者瘫痪,这种情况应属于"严重后果"的较低层次,即属于"严重"而不是"特别严重",可以考虑适用拘役或较低的刑期;如果行为人的制作、传播行为造成的后果比较严重,如造成大量计算机无法正常运行,或者使某些重要单位长时间无法工作或造成重要数据丢失,从而遭受较大经济损失的,应当适用较长的有期徒刑。二是行为人不同行为的性质。一般认为,制作计算机病毒等破坏性程序行为的危害性要远远超过传播计算机病毒等破坏性程序的危害性,因此对制作计算机病毒等破坏性程序的行为应当适用较长刑期,对传播行为适用拘役或较短刑期。但需要对制作和传播的意图和动机加以区分,如果行为人传播病毒的动机卑鄙,使用的方式恶劣,造成的后果比较严重的,也要适用较长的刑期。

本案中,由于"熊猫烧香"病毒的传播,导致北京、天津、上海、河北、山西、辽宁、湖北、广东等省市众多单位和个人的计算机不能正常运行,因此造成的后果完全符合"特别严重"的标准,但法院却对其造成的后果认定为"严重"而非"特别严重",因此本案宣判后,有些网民认为判得太轻,认为应该对"熊猫烧香"病毒所造成后果认定为"特别严重",对被告人判处5年以上有期徒刑。这种想法具有一定的道理,但是,法院审判案件不仅依照法律规定,还要根据所取得的证据。虽然"熊猫烧香"病毒所造成的危害后果实际上确实是特别严重,但公诉机关如果不能提出充分的证据加以证明的话,法院就不能在只有法律,而没有证据的情况下认定后果属于"特别严重"。网络的虚拟性和计算机用户分布的广泛性导致实际造成的损失难以估量,本案公诉机关在庭上仅出示了十几份受害用户的证言,并且这些受害用户的证言反映的内容大多是,计算机中毒后出现运行速度慢或者死机等现象。而这些受害用户又大多是网吧经营者,他们反映的内容一般也只是计算机中毒后,网吧被迫停业几天,减少几千元的营业额。因此,从被害人提供的这些证据来看,难以认定"熊猫烧香"病毒所造成的危害后果为"特别严重",而且,进入刑事法律程序的相关此类案件还不多,对破坏计算机信息系统罪中的后果"严重"和后果"特别严重"的标准,还没有出台相应的司法解释。虽然刑法学界

对后果“严重”和“特别严重”的情形有统一的认识,但这种理论学说在实践中并不好把握,只能作为判案的参考,而不能完全以此作为定案的依据,否则有违背罪刑法定原则之嫌,加上公诉机关也只是以后果“严重”对被告人进行指控,因此,综合以上因素,法院只能以后果“严重”来对几名被告人进行处罚,即在5年以下量刑。所以,法院认定此案造成的后果为“严重”而不是“特别严重”也是完全合法合理的。

其实,在认定破坏计算机病毒罪造成的后果是否严重,是后果“严重”,还是“特别严重”,这不仅涉及刑法对这一区分标准的具体规定问题,还涉及在实践中案件的取证问题,法院的判决不仅要有法律依据,还要有事实依据,而这个事实依据即证据又往往是定罪的关键。鉴于本案中法院对严重后果的认定问题中涉及有关诉讼法方面的取证问题,此问题并非本文研究的重点,对此就不再加以论述。

2. 本罪与利用计算机实施其他犯罪的界限

随着计算机网络日渐成为人们生活中的重要组成部分,加上计算机特有的高科技性和网络的虚拟性,利用计算机犯罪的案件也就日渐增多。此种犯罪的作案动机多种多样,有利用计算机进行盗窃、诈骗及进行虚假认证的,也有利用计算机进行网络色情、网络赌博、洗钱、操纵股市等行为的。目前我国刑法中规定的绝大多数犯罪行为,基本上都能够利用网络来实施。我国《刑法》第287条规定:“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚”,这一规定明确将破坏计算机信息系统罪与利用计算机实施的其他犯罪区分开来。在刑法学上,有关计算机犯罪的情形主要有两种:一是以计算机作为犯罪工具的犯罪,如利用计算机实施的诸如盗窃、贪污等传统犯罪;第二种犯罪是以计算机作为犯罪对象的犯罪,即侵犯计算机信息系统的犯罪。实际上,在第一种犯罪中,犯罪人利用计算机实施犯罪时,也都会涉及非法进入计算机信息系统或破坏计算机信息系统的问题。因此有必要厘清破坏计算机信息系统罪与利用计算机实施其他犯罪的界限。笔者认为,破坏计算机信息系统罪与利用计算机实施其他犯罪的区别主要有两个,一是犯罪客体,即犯罪行为侵害的社会关系;二是犯罪主观方面,即行为人的主观心理状态。

(1)犯罪客体不同

破坏计算机信息系统罪侵犯的客体是计算机信息系统安全管理秩序,以及计算机信息系统所有人和合法用户的合法权益,主要是信息系统管理秩序;而利用计算机实施的犯罪侵犯的是刑法所保护的具体社会关系,如利用计算机实施的盗窃罪侵犯的客体就是公私财产所有权。因此,可以从这两种犯罪行为侵害的不同法益、造成的不同后果来区别这两种罪。当然,实践中也会发生以破坏计算机信息系统为手段进行的其他犯罪,这样就出现了破坏计算机信息系统罪与以破坏计算机信息系统罪为手段的其他犯罪的界限问题,比如以制作、传播计算机病毒等破坏性程序为手段实施的危害公共安全犯罪。破坏计算机信息系统罪与危害公共安全罪的界限应当按实际造成的危

害后果或造成的危害性程度来确定。如果行为人制作、传播计算机病毒等破坏性程序的行为已经给不特定多数人的生命、财产安全造成很大危害，或者有危害的可能性，则构成危害公共安全罪；如果行为人的行为明显不足以危害不特定多数人的生命健康或重大财产安全的，即并未危害到公共安全的，则不构成危害公共安全罪，而以破坏计算机信息系统罪论处。

(2) 犯罪主观方面不同

破坏计算机信息系统罪与利用计算机实施其他犯罪的另一个区别是犯罪主观方面。如前所述，破坏计算机信息系统罪的主观方面是故意，即明知自己实施的是删除、增加、修改等行为会发生破坏计算机信息系统功能的后果，或者明知对计算机信息系统中存储、处理或传输的数据进行删除、增加、修改会造成计算机信息系统的破坏，并且希望或放任这种行为的发生，或者明知自己制作、传播计算机病毒等破坏性程序的行为会发生破坏性后果，而希望或放任这种行为的发生。可以看出，本罪的犯罪意图是要造成计算机信息系统的损坏；而利用计算机实施其他犯罪的主观目的一般是其所要实施的犯罪目的，如利用计算机进行盗窃的目的就是非法获取他人财物，利用计算机窃取国家秘密的目的就是非法获取国家秘密，等等。所以破坏计算机信息系统罪与利用计算机实施其他犯罪的主观目的完全不同。当然，在实施破坏计算机信息系统罪的同时可能还会有非法牟利的意图，这就要仔细查明犯罪人的最终犯罪目的。在现实社会中，越来越多的制作、传播计算机病毒的人不再为了满足虚荣心或报复泄愤，往往都具有获取非法利益的目的，因此，许多制作、传播计算机病毒的行为都伴有利用计算机病毒等破坏性程序非法牟利的犯罪行为，导致两种罪名的交叉从而出现认定上的问题。

(3) 本案中两种行为的分析

本案中的被告人实际上有两个犯罪行为，第一个行为是制作、传播计算机病毒的行为，第二个行为是在网站上挂靠木马盗取他人信息出卖牟利的行为。这两个行为看似具有牵连性，而实际上可能并不具有牵连性，需要具体分析被告人制作“熊猫烧香”病毒时的目的而定。根据被告人制作、传播“熊猫烧香”病毒时的不同目的可以分为两种情形：第一种情形是，被告人制造病毒的初始目的只是为了展示才能或报复泄愤，因而破坏他人计算机信息系统，但之后发现有利可图，于是另起非法占有之意图，才开始实施了第二个行为。此种情况下，第一个行为和第二个行为就是各具不同目的的两个独立的行为，应当以两行为分别触犯的罪名，数罪并罚。第二种情形是，被告人制作并传播“熊猫烧香”病毒的目的就是为了之后在其网站上挂靠木马，获取他人信息以非法牟利，那么这两个行为之间就具有了牵连关系。此时被告人以一个犯罪目的实施了两个犯罪行为，第一个行为即制作并传播计算机病毒的行为是手段行为，第二个行为即挂靠木马非法牟利的行为是目的行为，此种情况则属于牵连犯，应当按照牵连犯的处

断原则,从一重罪论处。

本案中法院仅对被告人制作、传播计算机病毒的行为进行了认定,对其在网站上挂"游戏木马"盗取"游戏信封"的问题,法院并没有进行评价,本案中被盗的对象是游戏账号和密码等网络虚拟财产,笔者认为有必要对利用"木马"盗取虚拟财产的行为进行分析判定。但首先需要解决盗窃虚拟财产的行为应当构成何罪的问题,之后再对利用木马盗取虚拟财产的定性问题进行探讨。

3. 盗窃虚拟财产构成何罪①

在社会生活中存在许多侵犯虚拟财产的行为,最为常见的就是盗窃行为。而这种盗窃虚拟财产的行为应当构成何罪,学者也有不同意见。

(1) 构成盗窃罪

一种观点认为,盗窃网络虚拟财产构成盗窃罪,因为虚拟财产虽然在网络中存在,但确实能够被人占有和控制,是客观存在的物体,而且这些虚拟财产是花费很多财力和物力研发出来,能够进行买卖,有一定的交易市场,具有价值和使用价值,属于财产范畴,应该受到法律的保护并成为盗窃罪的犯罪对象,所以这种行为应当按照《刑法》第287条规定的盗窃罪进行处罚。②

(2) 构成破坏计算机信息系统罪

与上述观点不同的一些学者认为,虚拟财产在物理性质上的表现是一种承载有关信息的电子数据,所以盗窃虚拟财产,就是对电子数据的增加、修改、移动和删除,因此侵害电子数据就是危害行政管理秩序,同时危害网络信息系统安全。应该按刑法规定的与计算机信息系统有关的犯罪来追究刑事责任。因为保护的虚拟财产的实质电子数据,即保护的重点不是游戏玩家的精神上的利益,而在于计算机信息系统的安全和社会管理秩序,同时也回避了关于虚拟财产的刑法保护的价值问题。③ 还有学者所持观点与此类似,认为,盗窃网络虚拟财产的行为是侵害计算机信息系统安全的行为,而不是简单的盗窃他人财产的行为。游戏玩家拥有个人游戏密码和账号,扮演的角色和游戏道具都属于网络的一部分,相对于计算机信息大系统而言是属于其系统内的小系统,盗窃游戏玩家的角色或道具,不仅侵犯了系统所有人对其物品的所有权和处置权,同时也侵害了国家计算机信息管理秩序,如果计算机系统中的数据涉及第三人的利益,也可能危害第三人的权益。所以,对盗窃虚拟财产的行为根据不同的情况进行不同的定性,对普通盗窃网络游戏道具和游戏角色的行为,可以认定为危害计算机信息网络安全,以《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》进行行政处罚,如果造成

---

① 关于网络虚拟财产的法律性质及是否属于盗窃罪的对象,笔者将在后文进行阐释,以虚拟财产属于盗窃罪的对象为前提,对罪名问题进行分析,因此,这里就不再论述虚拟财产的性质问题。

② 参见刘庆华、李佳:《关于虚拟财产性质的案例分析》,载《中国检察官》2007年第6期。

③ 参见青锋:《网游虚拟财产:刑法保护中的价值冲突和选择》,载《理论视野》2007年第5期。

严重后果则构成破坏计算机信息系统罪。①

（3）笔者的观点

笔者赞同第一种观点，即盗窃网络虚拟财产构成盗窃罪，不构成破坏计算机信息系统罪。我国刑法规定的破坏计算机信息系统罪，是指违反国家规定，对计算机信息系统中存储处理或传输的数据和应用程序进行破坏，以及制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机信息系统正常运行或使之不能正常运行，后果严重的行为。首先，本罪在主观上应当是具有破坏计算机信息系统的故意，即明知自己的行为会导致计算机信息系统的破坏，并且希望或者放任这种结果的发生，而盗窃网络虚拟财产进入计算机信息系统的行为的目的是为了非法获取他人的虚拟财产，并无破坏计算机信息系统的意图；其次，破坏计算机信息系统罪在客观方面表现为修改、增加和删除等行为。修改是利用非法手段使计算机信息系统应用程序或功能进行破坏性改变；增加是指在计算机信息系统里增加某种功能或原来没有的应用程序，破坏原来的系统；删除是采取一定的方法使计算机信息系统数据或者程序丧失某种功能或全部功能，而且，不论采取何种手段，必须要达到"后果严重"的程度。只有符合以上犯罪构成特征的行为才能构成破坏计算机信息系统罪。而盗窃虚拟财产的行为虽然会使虚拟财产所有人的物品转移或消失，但不会因此破坏虚拟财产，而且此行为只是侵入了计算机信息系统，并没有破坏计算机信息系统，也没有所谓的修改、增加和删除等行为，被犯罪分子侵入的计算机信息系统也没有因盗窃行为而不能正常运行。侵入行为不等于破坏行为，所以，盗窃虚拟财产的行为不构成破坏计算机信息系统罪。而构成盗窃罪。但是由于2009年《刑法修正案（七）》针对木马程序新增加了一个罪名，即非法控制计算机信息系统罪，因此，利用计算机木马程序窃取虚拟财产的行为就可能触犯盗窃罪与非法控制计算机信息系统罪两个罪名。

（四）利用"游戏木马"盗取虚拟财产的定性问题

1. 计算机病毒与计算机木马程序的区别

在介绍"木马"之前有必要对计算机病毒的概念及特征加以了解。我国刑事立法中并没有规定计算机病毒的概念，但是在立法解释中存在关于计算机病毒的含义。我国1994年颁布的《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》在第28条中界定了计算机病毒的概念："计算机病毒，是指编制或者在计算机程序中插入的破坏计算机功能或者毁坏数据，影响计算机使用，并能自我复制的一组计算机指令或者程序代码。"从此定义中，我们可以知道，计算机病毒就是指在计算机系统运行过程中能够进行自我繁殖和扩散，扰乱计算机的正常工作，浪费计算机系统资源并破坏计算机中的

① 参见朱铁军：《虚拟财产失窃案所引发的刑法思考》，载《网络安全技术与应用》2004年第3期。

存储数据的一类计算机程序。① 计算机病毒通常包括两个阶段程序,第一个阶段专门负责做感染动作,第二个阶段是对某个特定条件是否成立进行判断,若成立便执行破坏计算机资源的动作或者是威吓使用者的动作。② 计算机病毒一般具有以下特征:一是具有感染性,就是指计算机病毒具有把自身的拷贝放入其他程序的特性;二是具有隐藏性,计算机病毒可以隐藏在可执行程序或数据文件中;三是具有潜伏性,即具有依附于其他媒体寄生的能力;四是具有可传播性,即具有强再生机制,这一机制反映了病毒程序最本质的特征;五是可激发性,就是病毒因某个事件或数值的出现,诱使病毒实施感染或进行攻击的特性;六是破坏性,当达到破坏条件时,计算机病毒就会对计算机信息系统进行破坏,或者破坏其系统功能,或者破坏其系统中的数据或者应用程序,有的甚至破坏硬件设备,计算机病毒程序制作者的意图和目的决定了计算机病毒破坏作用的大小。

破坏性计算机程序有许多表现形式,计算机病毒只是破坏性计算机程序的表现形式之一。计算机病毒以外的破坏性程序一般包括以下几类:(1) 逻辑炸弹,就是在计算机操作系统中插入某些程序编码,仅在特定时刻或特定条件下这些程序编码才自动激活执行程序而进行破坏。逻辑炸弹与计算机病毒的区别是,逻辑炸弹没有传染性,不进行自我复制。(2) 野兔,这种程序通过无限制地复制自身来耗尽系统资源(如CPU、磁盘空间等)。它与计算机病毒的区别是,其本身就是一个完整的程序,不感染其他程序。(3) 计算机蠕虫,它是一个程序或程序系列,其攻击计算机的直接方式是截取口令字并试图在系统中做非法动作。蠕虫与计算机病毒的区别是,蠕虫复制自己并不采取将自身拷贝附加到其他程序中的方式。(4) 特洛伊木马。《网络安全白皮书》中认为,特洛伊木马是一种表面看似正常的程序,但实际其背后执行的是用户所不知道、不希望的任务。特洛伊木马程序与计算机病毒的区别是,前者是独立存在的,并不依附于任何载体,并且无自我复制能力,而计算机病毒则须依附于其他载体,能够进行自我复制,并且其具有传染性。

实际生活中人们经常把计算机病毒与特洛伊木马进行混同,认为二者是一个概念,也习惯性地把"木马"称为病毒,并把计算机木马程序造成的危害作为计算机病毒危害的一部分,而对特洛伊木马缺乏足够的重视。但是实际上计算机病毒与特洛伊木马之间有很大差异,二者造成的危害也是不同的。如本案中的"熊猫烧香"病毒会使用户计算机在感染此病毒后,出现蓝屏、频繁重启等现象,同时可能会破坏系统硬盘中的数据文件。这里的计算机病毒只具有破坏的功能,而没有盗取用户信息的功能。盗取用户游戏账号和密码的真正元凶其实是通过"熊猫烧香"病毒自动下载到用户计算机

① 参见赵秉志、于志刚:《计算机犯罪比较研究》,法律出版社 2004 年版,第 286 页。

② 参见黄瑞强:《计算机病毒剖析大全》,机械工业出版社 1996 年版,第 1—2 页。

上的“木马”。“熊猫烧香”病毒只是扮演了一个破坏分子的角色，同时负有引贼入室的任务，而这个被引入的盗贼就是“木马”。由此可见，木马程序与计算机病毒不论在性质上还是危害后果上都截然不同。[①]

由于现在的计算机木马程序侵入远程主机的战略方式，与古希腊士兵藏在木马中潜入特洛伊城占领特洛伊的攻城方式几乎一致，因此“木马”程序是借用了这个故事来命名的。“木马”虽然种类很多，但它们的基本构成是一样的，通常都是由客户端和服务端两个程序组成，在侵入用户计算机后，服务端程序与客户端建立连接，客户端负责发出指令，服务端负责执行这些指令。具体而言，服务端通常使用伪装欺骗的方式引诱用户下载安装到计算机中，或者通过直接侵入再植入的方式安装到用户的计算机中，并使用特殊的加载技术让自身能够自动隐秘的运行。木马程序在服务端运行后，会打开所在计算机上的某些端口，与客户端主动连接，或者把搜集的信息、资料发回，或者完成客户端指示的其他操作命令，比如修改计算机硬盘或指定文件等。[②]“木马”就是隐蔽的帮助侵入者在目标计算机上完成操作功能的软件。这种操作可以包括多方面内容，如删除文件、修改文件、发送用户账号和密码、记录键盘敲击序列等。本案中“游戏木马”的具体操作就是发送用户账号密码。“游戏木马”也是一种特洛伊木马程序，这种程序专门用于盗取游戏玩家的游戏账号和密码。根据盗取的游戏种类不同可以分成不同的游戏木马。如专门用来盗取“征途”游戏玩家的账号和密码的程序称为“征途木马”。依此类推，还有“魔兽木马”、“梦幻西游木马”，等等。

2. 本案中利用“游戏木马”盗取“游戏信封”的定性

由于木马程序在进入他人计算机后并不破坏计算机信息系统，而只是控制他人计算机的工具，其目的是为了获取他人计算机系统中的信息，以谋取经济利益，而按照原有的刑法规定，木马程序的侵入行为并不符合破坏计算机信息系统罪的构成要件，因此法律对此种非破坏性的木马程序束手无策。为了适应计算机病毒等破坏性程序的新的发展，更好的维护网络环境秩序，《刑法修正案（七）》增加了新的罪名，即非法控制计算机信息系统罪、非法获取计算机数据罪和为非法侵入、控制计算机信息系统非法提供程序、工具罪，同时修订了非法侵入计算机信息系统罪。《刑法修正案（七）》施行后，本案中利用木马盗取信息的行为就可能触犯两个罪名。因为这几个新增加的罪名中的非法控制计算机信息系统罪正是针对木马程序，为打击利用木马程序控制宿主计算机的行为而设立的。

在本案中，利用木马程序盗取“游戏信封”的流程是：首先被告人张顺将“游戏木马”通过互联网传给王磊，王磊作为中间人再将这些“游戏木马”传给李俊，最后由李俊

---

① 参见于志刚：《关于“木马”侵入行为的刑法学思索》，载《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2008 年第 6 期。

② 同上注。

把这些游戏木马挂在自己的网站上。由于"熊猫烧香"病毒增加了访问其网站的流量,凡是链接访问该网站的电脑就会自动下载这些木马,当游戏玩家在下载了游戏木马的电脑上玩网络游戏而输入账号、密码时,这些木马程序就会自动地、在玩家毫不察觉的情况下将游戏账号、密码通过电子邮件的方式发给张顺,张顺再将这些含有账号、密码的电子邮件进行拆封,转卖给他人,同时盗取游戏玩家的游戏装备和游戏币,之后在互联网上再将这些盗取的游戏币及游戏装备出售牟利。

在这一系列行为中,被告人在主观上具有非法窃取他人的游戏币及游戏装备的故意,即非法占有他人财物的目的,在网站上挂"游戏木马"的行为只是盗窃游戏装备和游戏币的手段行为。被告人在客观上实施了秘密窃取他人的游戏币及游戏装备的行为。(通过前面对木马程序的介绍,我们知道,木马程序就是隐蔽的帮助侵入者在目标计算机上完成操作功能的软件,而这里的"游戏木马"帮助侵入者实施的隐秘操作就是发送游戏玩家的游戏账号和密码,这种行为符合"秘密窃取"的特征。)本案中被告人通过出售盗取的"游戏信封"获利巨大(10余万元),已经达到了盗窃罪的盗窃数额的入罪标准,所以此行为无论是在主观方面、客观方面,还是在造成的危害后果上均符合盗窃罪的犯罪构成要件。而且我国刑法第287条也明确规定,利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。因此,对于利用计算机病毒等破坏性程序非法占有他人财物的或者实施其他犯罪的,应当依照刑法的有关规定定罪处罚。例如,利用计算机病毒盗窃财物的,应认定为盗窃罪。①

但本案中利用"游戏木马"控制他人计算机的行为,同时也符合我国《刑法修正案(七)》中新增加的非法控制计算机信息系统罪。非法控制计算机信息系统罪是指,故意非法控制国家事务、国防建设、尖端科学技术领域之外的计算机信息系统,情节严重的行为。这一罪名的构成要件是:(1)犯罪客体为计算机信息系统的安全,犯罪对象为国家事务、国防建设、尖端科学技术领域之外的计算机信息系统。(2)客观方面表现为非法控制他人计算机信息系统,既可以是不排除权利人控制的非法控制行为,也可以是排除权利人控制的非法使用他人计算机信息资源的行为。可以看出,增加这一罪名的主要目的是惩治当前普遍发生的利用计算机病毒、木马程序控制大量计算机信息系统以非法牟利的行为。(3)主体同破坏计算机信息系统罪的主体一样,为一般主体,不包括单位。(4)主观方面为故意,并且只能是直接故意,过失和间接故意不构成本罪,行为人通常还有非法牟利的目的,但犯罪目的不影响本罪的构成要件。

因此被告人的手段行为和目的行为分别触犯了不同的罪名,即非法控制计算机信息系统罪和盗窃罪,这两个罪名是牵连关系,应从一重罪处罚。本案中被告人通过木

---

①　张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第764页。

马窃取信息非法获利数额特别巨大,按照盗窃罪应当判处10年以上有期徒刑,而按照非法控制计算机系统罪,如果情节严重的,最高判处有期徒刑7年,因此盗窃罪相对于非法控制计算机系统罪为重罪,所以本案被告人利用木马侵入被害用户计算机窃取虚拟财产的行为应当以盗窃罪论处,但从司法的角度讲,本案还涉及取证的问题,由于本案被害人数众多,又都分布于全国各地,很多网民没有报案,缺少游戏玩家丢失游戏账号和装备的证言,公安机关调取证据也受到人力、物力的限制,因此本案定性为盗窃罪的证据不够充分。同时非法控制计算机系统罪是于2009年在刑法修正案中新增加的罪名,本案发生的时候此罪名还未实施,按照罪刑法定的原则,本案被告不构成非法控制计算机系统罪,即使本案发生时已存在此罪名,也可能会因为证据不充分而无法定罪,因为本案中非法控制计算机系统的行为与盗窃虚拟财产行为在证据上是一致的,被盗用户受到财产损失的前提是其计算机被木马程序非法控制,既然本案被盗对象人数众多而且多数没有报案,无法证明财产损失的同时也无法证明非法控制计算机的情节是否严重(构成非法控制计算机罪的行为必须达到情节严重)。所以本案中利用木马程序盗取虚拟财产的行为从证据上来看既无法认定为盗窃罪,也无法认定为非法控制计算机系统罪,本案只能以被告人制造、传播计算机病毒的行为定罪为破坏计算机信息系统罪。

本案被盗的对象是游戏装备、游戏币等网络虚拟财产,本案法院并没有对虚拟财产进行定性。那么虚拟财产是否属于财产,是否属于盗窃罪的犯罪对象,需要对虚拟财产的定性问题进行研究。

六、网络虚拟财产的定性

近年来,随着网络的普及,网络虚拟财产逐渐成为网络空间的重要组成部分,与网络虚拟财产有关的刑事案件也逐渐凸显并显著增加。由于虚拟财产是网络空间衍生的新事物,对此还没有相应的法律规定,其法律属性等定性问题还不明确,导致我国目前对于盗窃网络虚拟财产的案件判决各异。同样是盗窃虚拟财产的案件,有的认定为盗窃罪①;有的认定为侵害通信自由罪②;还有的认定为破坏计算机信息系统罪;同时也有不认为构成犯罪的。例如本案中犯罪人盗窃虚拟财产的行为就没有被入罪。本案被法院定性为破坏计算机信息系统罪。但同时我国《刑法》第287条还规定:“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。”一般来说利用计算机系统窃取与人们观念中的货币直接有关的财物,例如盗窃银行卡密码,完全可以按照我国刑法中有关盗窃罪的规定进行处罚。

---

① 参见《孟动盗窃案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第11期。

② 如国内首宗盗卖QQ号案,检察机关以盗窃罪起诉,法院以侵犯通信自由罪判处。参见于志刚:《论QQ号的法律性质及其刑法保护》,载《法学家》2007年第3期。

而本案中盗窃的对象是游戏账号和各种通讯账号的密码等网络虚拟财产,对此能否按盗窃罪定罪处罚,这涉及虚拟财产能否成为盗窃罪的犯罪对象的问题。因此我们需要先界定网络虚拟财产的概念和特点,看其是否具有一般财产应当具有的价值,再来分析虚拟财产是否属于盗窃罪的犯罪对象问题。

(一)网络虚拟财产的概念和特征

1. 对虚拟财产的不同理解

关于什么是虚拟财产,并没有统一的权威的定义,学界主要有以下几种观点:(1)广义观点。这种观点认为虚拟财产是一切具有专属性的存在于特定网络虚拟空间内的虚拟物,这些虚拟物表现一种数据资料,能够被持有人随时调用,它们可以具备现实交易价值,也可以不具备交易价值。随着技术的发展,目前包括ID、各种方式获得的电子邮箱、网易泡泡币、QQ号码、虚拟装备、虚拟货币等。我国有一部分学者持此观点。(2)狭义观点。这种观点的虚拟财产特指网络游戏中的虚拟财产,认为虚拟财产就是以网络游戏为基础,在网络游戏空间中,网络游戏玩家所拥有的"武器"、"宝物"、"宠物"等保存在服务器上的,玩家可以随时调用、创建或加入游戏中的数据资料和参数。学界持此种观点的人数最多。(3)二元观点。此种观点认为何谓虚拟财产需看其使用的场合,把虚拟财产界定为两种不同意义上的使用范畴,一是在网络游戏意义上使用的范畴,二是在网络空间意义上使用的范畴。认为一般意义上的虚拟财产是指在网络环境中,以数字化形式存在、模拟现实事物的,既具独占性又相对独立的信息资源。而常见的虚拟财产,是指虚拟游戏中一切以数据方式存在的资源,包括游戏道具、游戏角色、游戏环境及装备等。(4)泛义观点。这种观点着眼于虚拟财产的法律属性,对虚拟财产的界定非常宽泛,几乎包括所有的无形财产(如商誉)。此观点的代表人物是美国学者Dvaid Nelmak,他认为,虚拟财产是指任何无形性的具有排他性的财产利益,无形性是区别于传统财产的特点,排他性则是区别于知识财产的特点。①

以上几种观点对虚拟财产从不同角度进行了界定,都具有各自的科学性,但也有不同程度的缺陷,要认识和理解虚拟财产,应当先要了解它的含义及实质特征。

2. 虚拟财产的含义

虚拟财产,在《现代汉语词典》里的解释是指假设的,不符合或不一定符合事实的,即虚拟财产可以理解为是一种不存在的、空想的事物,而虚拟财产的英文表述是Virtual Property。Virtual这一词汇在英文中主要是指虽然没有实际的事实或名义,但在实际效果上却是存在或产生的。因此,从虚拟财产的字面上来看,是指类似于现实中的财产但又并非真实的"财产"。以上表述都只是虚拟财产的字面含义,为了进一步理解虚拟财产,应探究其实质含义。

---

① 参见于志刚:《网络空间中虚拟财产的刑法保护》,中国人民公安大学出版社2008年版,第17页。

理解虚拟财产的实质含义应考察其产生的背景和存在的环境。虚拟财产是网络虚拟世界的产物,它存在于网络环境中,由于网络的虚拟性决定了网络环境中财产的虚拟性,这种虚拟性的特点是既在视觉上具有物质形态性,又因在现实中没有与其对应的真实存在物而具有虚无性。这种感官上的存在性与实际中的不存在性之间是相互矛盾的,因此,虚拟财产的基本属性包括虚拟性和现实性。虚拟性体现了其自身的物理属性,现实性体现了其社会属性,因为虚拟财产不仅仅存在于网络环境中,而是与现实社会发生某种联系的。

3. 虚拟财产的特征

从上述对网络虚拟财产的实质含义中可以发现虚拟财产最主要的特征是虚拟性和现实性。

虚拟性,也称之为"客观非物质性",是指虚拟财产具有模拟现实财产的特征,它是虚拟财产罪本质的特征。作为虚拟财产载体的网络和虚拟财产本身都具有虚拟性,在网络游戏中往往都是脱离现实的背景和脱离现实的内容,而虚拟财产根据游戏程序的不同设定会展现出不同的形式,网络虚拟技术能够创造出现实没有的物体和场景。

虚拟财产虽然存在于虚拟世界,但却是与现实世界相联系的,虚拟财产还具有现实性的特点。虚拟财产的现实性是指其具有社会属性,虚拟财产是与现实社会关系具有客观联系的,并非仅指物理意义上的现实性。只有存在与虚拟财产有关的社会关系,法律才能够介入,而纯粹虚拟空间中的不存在与现实之间进行货币转换的所谓"财产"不属于法律意义上的虚拟财产。

虚拟性与现实性看似是两个对立的性质,但虚拟财产的虚拟性是其自身的物理属性,是基于其自身客观的表现出来的;而虚拟财产的现实性是与其社会属性相联系的。虚拟性与现实性是分别从不同的角度对虚拟财产进行描绘的,二者在本质上并无冲突。

4. 对虚拟财产不同理解的分析

上述对虚拟财产理解的观点中,第二种观点把虚拟财产仅限定为网络游戏中的虚拟财产,这种观点会缩小法律对网络空间中其他相关财产的保护范围,因为在网络中不仅有网络游戏这种财产利益相对较大的虚拟物,还有很多像 QQ 账号、电子邮箱账号等当今人们生活中必不可少的联络工具等财产性利益。第三种观点尽管从广狭义两面进行了比较全面的理解,但这种对虚拟财产概念的界定方法在逻辑上无益于问题的讨论。第四种观点将虚拟财产等同于无形财产,显然没有正确理解"虚拟"的含义。"虚拟"的英文是 Virtual,根据其释义可以看出本词有两层意思,"虚拟"的概念本身包含的意义其实是实在而不是虚无。虚拟财产与无形财产的内涵既有区别又有交叉,但虚拟财产显然不能等同于无形财产。笔者比较赞同广义说,由于人们的生活越来越离不开计算机网络,无论工作、学习还是娱乐,网络生活已经成为现代人们传统生活的重

要组成部分,网络空间中的各种工具、媒介、手段和物品就相当于现实生活中的对应物,如果限定虚拟财产的范围,就会放纵各种网络犯罪活动,使网民的合法利益得不到法律保护的基础。但同时笔者认为,不具备交易价值的虚拟物不能属于虚拟财产的范围,本文中对虚拟财产界定的前提是其属于财产,而是否具有交易价值是衡量某个物品是否属于财产的重要标准之一,因此笔者认为虚拟财产是应当具备交易价值的。

虚拟财产在本质上体现为一种电磁记录,是人们利用计算机手段对现实中的财产进行的一种模拟,只是一段由0和1组成的二进制的电子信号。因此有许多人认为,虚拟财产就是虚拟的,只是一系列电子数据的组合,如同是各种比赛中的得分,并不具有价值,因此虚拟财产不具有财产的基本属性,不应当受到法律的保护,因此,虚拟财产是否具有价值就决定了其受法律保护的地位。

(二)网络虚拟财产是否具有价值

1. 关于网络虚拟财产是否具有价值的争论

虚拟财产是否具有价值,目前学界存在肯定论和否定论两种不同的观点。肯定论者的理由是:(1)虚拟财产能够用金钱买到;(2)虚拟财产的获得付出了个人的劳动,同时也有一定的金钱投入;(3)虚拟财产有一定的交易市场。否定论者的理由主要有以下几点:(1)虚拟财产是虚拟的,只在网络环境中存在,本身不具有价值;(2)虚拟财产只对玩家有用,不具有普遍价值;(3)虚拟财产的财富在游戏服务器关闭时无法进行现实回收。

2. 网络虚拟财产具有价值,属于法律意义上的财产

笔者认为,虚拟财产虽然不同于传统意义上的财产,但具备了财产的部分法律特征,在客观上也具有对其进行保护的必要性,应当属于法律意义上的财产。

(1)虚拟财产具有价值

虚拟财产具有使用价值和交换价值。根据政治经济学原理,使用价值是能够满足人们某种需要的属性,是价值的物质承担者,也就是物品的有用性。“价值是孤立的个人的现象而不是社会现象,是人对财物的效用的感觉与评价,而不是财物的客观物质属性。所以整个价值论或者说整个经济理论应从人的需要及满足人的需要的效用出发来研究。”①也就是说各种东西是否有效用决定了它们是否有价值,并且这种效用可以表现为多种方面,如艺术上的欣赏、精神上的快乐、道德上的满足,等等。虚拟财产的价值性也正是在于其能够满足人们的需要。人们对虚拟财物的欲望不是来自虚拟财物本身,而是因为虚拟财物所给予的满足。众多玩家为网络游戏付出大量的时间、金钱及精力只为满足虚拟世界带来的快乐和精神需求,这种满足感体现了其对游戏参

① 〔奥〕弗·冯·维塞尔:《自然价值》,陈国庆译,商务印书馆1982年版,第2页。

与者的有用性,也就是虚拟财产的使用价值。[①] 财产不仅要有使用价值,还要有交换价值。虚拟物在现实中存在金钱交易,交易的对象多是数量稀少但在虚拟世界中具有极大作用的虚拟物品。随着虚拟财产交易市场的形成,很多游戏网站开设了网络虚拟财产交易区,各大拍卖网站上也经常出现虚拟道具等虚拟财产的拍卖。据了解,热门网络游戏中的一些虚拟游戏道具可以卖到1万元到2万元人民币,而有些竟然卖到5万元到6万元人民币。[②] 可见虚拟财产的价值不言而喻。

(2) 虚拟财产凝结着人类的劳动

虚拟财产主要是通过个人劳动获得的,凝结着人类的劳动,包括体力劳动和脑力劳动。个人的劳动以及财产性投入是获得虚拟财产的最主要方式。网络游戏玩家在游戏中通过攻关和解决游戏难题等方式,使虚拟角色的身份不断升级,同时用自己的努力获得虚拟财物,以此作为参与游戏的主要目的。通过劳动和金钱投入,网络游戏玩家苦心经营而得到的虚拟财产以及在网络中相应的虚拟地位,与现实社会中通过劳动创造的财富在本质上是相同的,并且其价值和重要性绝对不亚于实体世界里的真实财产。[③]

(3) 虚拟财产具有支配性

虚拟财产主要是以“网络账号”等数据形式存在的,具有可支配性,归属于特定的“玩家”并具有排他性,他人未经授权进行的“侵入”、“窃取”等使用行为都构成对其所有权的侵犯。而且网络账号等虚拟财产虽不具备物理形态,但确是以电子数据形式存在的,因此也具有一定的客观存在性。

虚拟财产中的“虚拟”是相对于现实而言的,“虚拟”并不代表“不存在”和头脑中的臆想物,它不是虚幻的,虚拟财产与现实物品之间具有观念上的对应关系。在网络世界中,它就是能够看得见的,如网络游戏中的人物、道具、画面,只是这些虚拟物是不可触、不可摸的,但这并不影响其存在性,既然一些看不见、摸不着的无体物随着社会的发展和人类认识的进步已经归为法律保护的财产,那么对于虚拟物,其存在方式并不能成为其能否成为合法财产的判断标准。客体是否具有价值是相对的,对需要它的人而言,它就具有价值,对不需要它的人而言,可能就不具有价值(主观上),当一个物品具有社会需求时,也就具有了市场和交易价格。虚拟财产既然能够被非法窃取,恰恰证明了其具有市场需求和价值,应当受到法律保护。在每一起盗窃网络虚拟财产的案件中,被告往往都是以法无明文规定,虚拟财产不属于盗窃罪的犯罪对象为理由进行无罪辩护,网络虚拟财产是否属于盗窃罪的对象就成了盗窃虚拟财产能否构成盗窃罪的前提。

---

① 参见邹涛、沈馨莉:《论虚拟财产的法律地位及对现行刑法的冲击》,载《大学时代论坛》2006年第3期。

② 参见彭勃:《网络虚拟财产的法律性质及其保护》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)2005年第1期。

③ 参见于志刚:《论网络游戏中虚拟财产的法律性质及其刑法保护》,载《政法论坛》2003年第6期。

(三) 网络虚拟财产是否属于盗窃罪的对象

1. 盗窃罪犯罪对象的理论争议

某物能否成为盗窃罪的犯罪对象,是由社会状况和经济发展水平决定的。我国刑法虽然规定了盗窃罪,但对盗窃罪的对象范围,即何物可以作为盗窃罪的对象并没有明确的规定。理论上中外刑法学界对财物的理解大致有四种学说:(1) 有形说。这种学说认为刑法上所指的财物必须是具有客观形状的物体,没有形状的无体物不是财物,所以不能成为盗窃罪的对象;无体物一般包括电能、热能、煤气等。(2) 效用说。这种学说认为财物只要具有经济价值即可,即具有用途和效能的物质都可以是财产,财产无需具备有体性。(3) 持有说,即持有可能性说。认为只有在事实上能够进行支配的财物才能成为盗窃罪的对象。(4) 管理说,即管理可能性说。管理说又分为一般管理说和有体性管理说两种。一般管理可能性说认为物品凡是具有管理可能性都为财物;而有体性管理可能性说则认为只有能够管理的有体物才可以成为财产。[①] 也有学者认为作为盗窃罪对象的财物应当具有以下特征:应为动产,具有支配性,具有经济价值。[②] 从以上各种观点可以看出,作为盗窃罪对象的财物,其范围问题历来就很有争议,并且这种争议随着社会的发展、科技的进步会不断扩大。如本案中的虚拟财产,以往的争论中都没有涉及,只是随着计算机文化的发展,近年来才有相关的评论。

2. 我国盗窃罪对象的立法与司法

我国 1979 年《刑法》只规定了盗窃罪的犯罪对象是公私财物,受财物只能是有形物传统思想的影响,在司法实践中一般也是把公私财物认定为有体物。但是,伴随着经济的发展和科技的进步,某些具有经济价值的无形资源成为人们生活的重要组成部分,起着越来越重要的作用,而且为了使这些无形资源在使用上更加方便,人们提高了对它们的管理手段,无形能源渐渐地就具有了一定的控制性和管理性,也有必要把它们纳入刑法的保护范围。因此,1997 年《刑法》增加了盗窃罪的犯罪对象,把信用卡、增值税专用发票等其他发票,以及电信号码、通信线路等一些无体物作为刑法规定的保护对象。随着更多无形财产需要法律保护的必要性的增加,最高人民法院随即又出台了两个重要的司法解释,即 1998 年的《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》和 2000 年的《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序具体应用法律若干问题的解释》。1998 年的解释将盗窃罪的对象扩大到电力、煤气、天然气等许多无形能源,以及热能、磁能、太阳能等能源。2000 年的解释把电信卡和信息账号、密码也认定为盗窃罪的对象。可以看出,我国盗窃罪的对象范围随着新型财产的出现和社会的需要是在不断扩大的。

---

① 参见董玉庭:《盗窃罪研究》,中国检察出版社 2002 年版,第 22 页。

② 参见李文燕:《盗窃犯罪证据调查与运用》,中国人民公安大学出版社 2002 年版,第 28 页。

3. 虚拟财产应当纳入盗窃罪的对象范围

虽然虚拟财产不断出现在各种刑事案件中，特别是在许多盗窃行为中成为行为人觊觎的对象，但我国刑事立法和司法都没有明确规定虚拟财产属于盗窃罪的犯罪对象，也没有提及这种电磁记录，因此，对盗窃游戏币、游戏账号和密码等虚拟财产的行为是否有处罚的必要，虚拟财产是否应当纳入盗窃罪的对象范围中，对这种可能性和必要性值得探讨。

一种行为是否具有刑罚处罚的必要性，取决于这种行为是否具有社会危害性以及这种危害性的程度。网络虚拟财产是近些年随着网络的发展出现的产物，特别是网络游戏的出现，已经成为网民特别是青少年网民的主要娱乐之一，无论是在游戏市场规模上，还是游戏玩家的数量上，这种产业正成蓬勃上升之势，虚拟财产的地位不容忽视。当然随之而来的各种侵害行为也不断出现并出现在刑事视野中，而最为普遍的侵害行为就是盗窃虚拟财产，经调查，几乎 90% 的游戏玩家都有自己的网络财产被盗的经历，这种侵害行为不仅损害了游戏参与者的利益，也扰乱了游戏市场的秩序和网络环境的稳定，而且这种损害一般无法弥补（由于存在技术漏洞）。加上我国法治社会的建设和人们法律意识的加强，用法律保护自己的利益已成为广大人民的共识，因此，法律的保护迫在眉睫，刑法应承担起维护之责。

另一个方面，把虚拟财产纳入盗窃罪的犯罪对象涉及两个问题，一个是虚拟财产是否属于财产，第二个问题是虚拟财产是否符合盗窃罪中财产的概念。对于虚拟财产是否属于财产这一问题，笔者在前面已经论述过了，并且承认其具有财产属性，属于法律意义上的财产。关于第二个问题，笔者认为虚拟财产具有一定的交易市场，因此具有经济价值；虚拟财产可以进行管理，能被支配和使用，具有管理可能性；虚拟财产属于动产，游戏玩家对虚拟财产拥有所有权，而且虚拟财产也不属于盗窃罪禁止的对象范围，所以虚拟财产也符合刑法理论中盗窃罪对象的界定。因此，不论在立法还是理论上虚拟财产都可以成为盗窃罪的对象。

但是，理论分析得出的结论未必就代表法律的适用。目前，对盗窃虚拟财产的行为进行刑事处罚还有一定的难度。因为，首先，我国刑法对盗窃罪对象规定的总体原则还是以有体物为主的立法模式，无体物只是《刑法》第 196 条和第 210 条中对第 264 条盗窃罪的例外规定，其次我国先后出台的 1998 年司法解释和 2000 年司法解释虽然规定了无形财产可以成为盗窃罪的对象，但规定的都是具体的无形财产，这样既补充了立法原则，又相应地排除了其他无形财产作为盗窃罪的对象。而且网络虚拟财产不能归入以上解释中的无形财产的范围，即以上无形财产并不涵盖虚拟财产。而刑法法条中规定的信用卡和增值发票以及通信线路等都是明确、具体的无体物，因此虚拟财产也不能归入这些明确列举的无形财产范围中。只有最高人民法院解释中的一个兜底性条款，即在列举煤气、电气等无形物作为盗窃罪对象后加了一个“等”字，这个“等”

字能否包括虚拟财产在于解释中所列举的无形物的属性与虚拟财产的属性是否相同或类似。煤气、天然气等属于一种能源,而虚拟财产是一种电磁记录,不属于能源范畴,因此也不能把虚拟财产归入其中。

正是基于以上原因,追究盗窃虚拟财产行为人的刑事责任并无明确的法律依据,许多地方的公安机关无法对此立案,法院在判决中在对虚拟财产认定为盗窃罪的对象上有许多困难。本案中被告人盗窃了许多用户的游戏账号和密码,并进行出售牟利,法院对这一行为并没有认定为盗窃罪,原因也是在于法律没有对虚拟财产进行明确的定性,而且基于虚拟财产价值的无法确定性和取证等操作方面的困难,法院采取了定性为破坏计算机信息系统罪的稳妥做法。

4. 关于盗窃虚拟财产"数额"的认定

由于虚拟财产是近些年随着网络的发展迅速出现的产物,法律对其还没有明确的界定,所以在虚拟财产价值和数额的确定上也存在一定的困难。因此有些观点认为,由于盗窃数额无法计算,所以不能把盗窃网络虚拟财产认定为盗窃罪。笔者认为,犯罪"数额"只是盗窃罪的定罪量刑标准之一,盗窃的情节、次数等严重程度也是定罪量刑的参考标准。而且,刑法分则中的任何一种具体犯罪都以是否满足犯罪构成特征为条件,所以能否构成盗窃罪是看其是否符合盗窃罪的构成特点,而不是看其盗窃的数额能否计算的问题,数额计算只是对定性为盗窃罪后具体操作的问题。因此,不论从法律规定还是逻辑推理上,以数额难以计算作为不能构成盗窃罪的理由是不成立的。

盗窃虚拟财产与传统的盗窃行为之间最大的区别是,一般的盗窃行为盗窃的对象是现实生活中的财产,而盗窃虚拟财产的犯罪对象是虚拟财产。关于虚拟财产价格的评估和数额的认定还没有统一的标准,所以在实际操作中具有很多困难。从虚拟财产价格产生渊源看,一般有两种评价方式,一种是网络开发商经销虚拟财产时的自定价格;一种是游戏玩家离线时交易的市场价格,理论上还存在以社会必要劳动时间来计算虚拟财产价格的方式,以及以玩家投入的成本计算虚拟财产价值的方式。第一种计算方式中,由于游戏开发商提供游戏的目的是为了获取利润,其对虚拟财产制定的价格与投入的成本一般没有关系,只与认可程度和需求程度有关,因此游戏开发商自定的价格并不反映虚拟财产本身的价值,不能作为价格确定标准。而第二种交易方式,有很多因素影响交易价格,比如游戏玩家离线时出售和购买财产的心态和想法的不同,导致交易价格具有极大的变动性,因此这种方式也不能准确说明虚拟财产的价值,不能成为价值的确定标准,而后两种方式在实际中又不易操作。以上几种计算方式都存在一些弊端,不能作为虚拟财产价格认定的标准。

在计算方法上,盗窃罪涉案财产的价值通常是依照《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条的规定进行认定,虽然该条对被盗窃物品价值额规定了具体的计算方法,但由于虚拟财产是随着网络发展衍生的新型财产,还

没有被列入本条中，因此有学者认为，如果被告人盗窃虚拟财产后进行了销赃，可以根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条第 7 款规定，即销赃数额高于按本解释计算的盗窃数额的，盗窃数额按销赃数额计算。还有学者建议建立有关虚拟财产价值的评估机制。[①] 以上说法具有一定的可取性，值得我们借鉴。在实践上比较稳妥的做法是，考察虚拟财产的供求情况、销售价格和离线的交易价格等市场价格，同时参考玩家投入的精力和金钱综合评定。

虚拟财产在价值确定上存在很多因素，不同的案件又涉及不同种类的虚拟财产，不能以个案所确定的虚拟财产价格作为统一的标准，对虚拟财产价值确定问题，应当结合虚拟财产的特征和实际情况，在法学理论上进一步研究，建立独立、全面的与财产权发展相符合的法律评价体系和法律保护体系。

（四）立法中承认虚拟财产的法律地位的必要性

虚拟财产的虚拟性，是虚拟财产与传统财产的最大区别。传统财产分为有形财产与无形财产，在人类发展进程中，初期人类只需要满足衣食住行等基本物质需求，这些需求的满足都需要实实在在的物质，如粮食、衣物、房屋、汽车等消费品，但随着科技的进步和社会经济的发展，精神需求逐渐凸显并已成为人们生活中的重要组成部分。"人类社会需要层次的变化决定了工业文明时期的主要财产形式是有形财产，知识文明时代的主要财产形式是无形财产。"[②]而在这新的时期，计算机的产生和发展恰恰是人类精神需求的产物，计算机网络的普及即网络社会的形成改变了人们的传统生活模式，并以其特有的虚拟性冲击着传统观念和传统法律规定。随着侵犯虚拟财产案件的不断发生，虚拟财产的保护已经成为一个日益严重的问题，从世界范围看，承认网络虚拟财产的法律地位已经成为一种趋势。

1. 外国法律对网络虚拟财产的规定

韩国网络游戏较为发达，有关虚拟财产的问题出现得较早，因此研究得比较充分，在立法和司法上都明确规定了虚拟财产。规定网络游戏中的虚拟物品和虚拟角色具有财产价值，游戏玩家对这些虚拟财产拥有所有权，服务商无权随意对其进行删除和修改，服务商只为游戏玩家的个人虚拟财产提供存放的空间，可见网络中的虚拟财产在性质上等同于银行账号中的金钱。

日本在法律中也明确规定，网络游戏中的虚拟物品和虚拟角色具有独立的财产价值。对网络游戏中的虚拟物品和虚拟角色进行侵犯的行为，在刑法上具有评价意义，侵害行为造成一定结果时，可以侵犯财产罪追究刑事责任。

瑞士也在 2003 年修订的刑法典中增设了第 143 条，明确规定了非法获取数据罪。

---

① 参见皮勇、张晶：《论盗窃网络虚拟财产行为的性质》，载《信息网络安全》2006 年第 10 期。

② 刘少军、王一轲：《货币财产（权）论》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 13 页。

而网络虚拟财产在本质上是一种虚拟存储空间中的数据。因此,对侵犯虚拟财产的行为,即可以非法获取数据罪论处。同时,《瑞士刑法典》在第143条中还规定了非法进入数据处理系统罪。

2. 我国司法实务中对网络虚拟财产的认定

我国台湾、香港地区针对虚拟财产也制定了相关法律,有关网络虚拟财产的刑事判例也已经形成。我国台湾地区在1999年通过的"刑法"修正案中,明确规定网络游戏中的虚拟财物和账户都是一种"电磁记录",存在于服务器中,法律地位等同于"准文书"和"动产",属于私人财产的一部分,是盗窃罪或诈骗罪的对象。如果窃取他人网络游戏中的虚拟财物而构成犯罪的话,最高可以判处3年有期徒刑。2001年11月台湾地区"法务部"提出网上在线的游戏账号、游戏角色及宝物资料,都是以电磁记录的方式储存于游戏服务器中的,游戏账号的所有人对这种电磁记录具有支配权,可以随意处分或移转游戏角色和游戏宝物,虽然这些游戏角色和宝物是虚拟的,但在现实世界中具有一定的财产价值,游戏玩家通过网络可以对其进行交换或拍卖,即与现实世界中的财物相同,因此网络游戏中的角色和宝物可以作为刑法盗窃罪或诈欺罪的保护客体。所以,我国台湾地区对侵犯虚拟财产的行为可以按照传统的侵害财产罪论处。香港地区同样在刑事判例中肯定了虚拟财产的法律地位。

我国首例进入法律程序的网络虚拟财产案发生在北京。2003年,网络游戏玩家李宏晨发现其网络游戏账号中的生化盔甲、腰带等装备丢失,于是向法院起诉游戏运营商——北极冰科技发展有限公司。李宏晨认为,其所丢失的游戏装备是个人财产,为获得这些装备付出了很长的时间和精力,同时被告作为游戏运营商也公开销售这种装备。因此,北极冰公司有保管玩家装备的义务。李宏晨要求北极冰公司赔偿其丢失的各种装备,并提出赔偿精神损失费10 000元等诉讼请求。被告北极冰公司认为,游戏装备是一种无形的东西,归根到底,它只是服务器里的一组数据,而且原告只是虚拟物品的玩家,对这些东西无完全的支配权。2003年12月,北京市朝阳区人民法院对该案作出一审判决,认为被告与玩家之间是消费者与服务者的关系,适用我国《合同法》和《消费者权益保护法》等法律规定。被告可控制服务器数据,了解玩家活动情况,对玩家有严格的保障义务,因此,被告应对原告物品的丢失承担保障不利的责任。虽虚拟的设备是无形的,又存在于特殊的网络游戏环境中,但玩家参与游戏时获得游戏时间和装备的游戏卡均需以货币购买,所以虚拟装备具有价值含量。据此,北京市朝阳区人民法院判令游戏运营商北极冰公司对李宏晨丢失的装备予以恢复并返还其购买105张游戏卡的价款420元以及交通费等其他经济损失共计1 140元。在这起案件中,虽然没有涉及刑事责任,但法院在判决中确认了网络游戏中的装备具有财产价值。①

① 参见陈兴良:《判例刑法学》(下卷),中国人民大学出版社2009年版,第260页。

此后,网络游戏中的虚拟财产进入刑法领域,全国各地宣判了数起虚拟财产盗窃案。① 2007 年,上海一中院判决了一起网络虚拟财产职务侵占案,被告人程某利用职务便利,复制了 300 多个游戏用户的账号密码,之后辞职并将游戏币和游戏账号出售获利,一审法院以职务侵占罪判处被告人程某有期徒刑 1 年,缓刑 1 年。法院认为,"网络虚拟财产虽然是无形的,但它具有确定的财产属性和价值,可以被人们管理、支配、控制和利用,因此可视为我国刑法意义上的公私财物。"②由此认定了虚拟财产属于刑法意义上的公私财物。

3. 侵犯虚拟财产的刑法规制

韩国、日本、瑞士以及我国的台湾地区等对于侵犯虚拟财产行为主要是采取立法、司法两种途径进行刑法规制。在立法上主要是明确虚拟财产与传统意义上的财产相同,具有独立财产价值,将其归入传统财产罪的对象范围中。当然,瑞士顺应社会发展,增设了新的罪名,扩展了传统财产罪的罪名体系。在司法上主要是通过判例、解释的方式确定了相关行为以财产罪处理。

客观地讲,我国还没有建立相应的法律规则来处理侵犯网络虚拟财产的行为,虽然公安部网络犯罪监察局等主管部门已经密切注意到此类案件的高发性与危害性,并且也意识到这种行为的潜在危害性,但目前相关的理论先导性研讨还比较欠缺,因此立法理论和条件还不够成熟。笔者认为,较为合理的方式,是在立法上和刑法理论上及时承认网络虚拟财产的合法性地位,加强相关问题的理论前瞻性研究,有必要对网络虚拟财产建立独立的法律保护体系。对于侵犯虚拟财产行为我国应如何进行刑法规制,笔者赞同赵秉志和阴建峰两位学者的建议。他们认为:"可以借鉴国外对虚拟财产保护的相关立法经验,从立法和司法两种途径寻求规制措施。在立法上,先考虑能否在中国现行法律框架下寻求到有效规制,当现行法律对于相关行为存在立法漏洞时,应当通过完善立法、严密法网将之纳入调整范畴;司法上,在遵循罪刑法定的原则和不违背现行立法的基础上,由最高司法机关对具体应用问题进行法律解释,从而对侵犯虚拟财产的行为给以刑法规制。"③

七、结语

"熊猫烧香"案件虽然早已尘埃落定,但类似的计算机犯罪案件还在不断地发生。在各种计算机犯罪中,以制作、传播计算机病毒罪为主体的破坏计算机信息系统罪逐渐显示出其破坏性和严重的社会危害性。现实生活中,越来越多的制作、传播计算机病毒的人不再为了满足虚荣心或报复泄愤,往往都具有获取非法利益的目的,因此,需

① 参见刘宁:《各地宣判数起虚拟财产盗窃案》,载《人民法院报》2007 年 1 月 29 日,第 3 版。
② 参见《网络虚拟财产属于刑法意义上的公私财物》,载《人民法院报》2008 年 1 月 18 日,第 5 版。
③ 赵秉志、阴建峰:《侵犯虚拟财产的刑法规制研究》,载《法律科学》2008 年第 4 期。

要对利用计算机病毒和木马进行牟利的行为进行分析认定。同时,互联网的产生为网络虚拟财产的形成提供了依托平台,而以虚拟财产作为犯罪对象的各类计算机犯罪案件也就层出不穷。本案中即涉及盗窃虚拟财产的问题。由于目前我国无论是在立法上还是司法实践中,对网络虚拟财产都没有明确的规定,导致各地法院对盗窃网络虚拟财产的案件判决各异。因此,对虚拟财产的性质和法律地位的定位有助于此类案件的定罪量刑,同时肯定虚拟财产的法律地位也能够更好地保护众多网民的合法权益。

附录

湖北省仙桃市人民法院刑事判决书

(2007)仙刑初字第350号

公诉机关:仙桃市人民检察院。

被告人李俊,网名"DAVE"、"重头再来"。2007年2月4日因涉嫌犯破坏计算机信息系统罪被仙桃市公安局刑事拘留,同年3月14日被逮捕,现羁押于仙桃市第一看守所。

辩护人王万雄,湖北今天律师事务所律师。

被告人王磊,网名"才子"。

辩护人何四为,上海盈通律师事务所律师。

辩护人阚宇,上海市申光律师事务所律师。

被告人张顺,网名"恋瑶"。2007年2月7日因涉嫌犯破坏计算机信息系统罪被仙桃市公安局刑事拘留,同年3月12日被逮捕,现羁押于仙桃市第一看守所。

辩护人张早刚,湖北法鸣律师事务所律师。

被告人雷磊。2007年2月4日因涉嫌犯破坏计算机信息系统罪被刑事拘留,同年3月14日被逮捕,现羁押于仙桃市第一看守所。

辩护人张书杰,湖北复州律师事务所律师。

仙桃市人民检察院以鄂仙检刑诉〔2007〕327号起诉书指控被告人李俊、王磊、张顺、雷磊犯破坏计算机信息系统罪,于2007年8月21日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案,仙桃市人民检察院指派代理检察员江浩、刘玮出庭支持公诉,被告人李俊及其辩护人王万雄,被告人王磊及其辩护人何四为、阚宇,被告人张顺及其辩护人张早刚,被告人雷磊及其辩护人张书杰等到庭参加了诉讼。本案经合议庭评议、审判委员会讨论并作出决定,现已审理终结。

仙桃市人民检察院指控:

2003年初,被告人李俊开始向被告人雷磊学习计算机编程技术,后与雷磊共同制

作了“QQ尾巴”计算机病毒，并进行了传播。2006年10月，被告人李俊开始制作计算机病毒“熊猫烧香”，于11月上旬完成病毒源代码及测试成功，并通过送给网友方式传播。此病毒的特点是能中止大量的反病毒软件和防火墙，并且自动链接指定网站，下载恶意程序等。同月李俊上网时在腾讯QQ上碰到了雷磊，李俊便把“熊猫烧香”病毒源代码通过网上传给雷磊，请雷磊提建议。雷磊看后，提出该病毒不要修改别人（指被感染文件）的图标，同时应隐藏病毒进程，但没有告诉其具体修改方法。

2006年12月初，被告人李俊通过腾讯QQ与被告人王磊联系，由王磊出资1600元租用南昌锋讯网络科技有限公司服务器架设李俊的www.krvkr.com网站，中了“熊猫烧香”病毒的计算机会自动访问该网站，随着病毒传播，该网站的流量会不断增长。同时，李俊按雷磊的建议修改了“熊猫烧香”病毒，由于其技术原因，修改后的病毒虽然能够不改别人的图标，但会导致图标变花，隐藏进程的问题也没有解决。李俊将此修改后的病毒挂在其网站上传播。

2006年12月中旬，王磊介绍被告人张顺购买李俊网站的流量，李俊将张顺提供的盗号木马的自动下载链接挂到www.krvkr.com网站，从而中了“熊猫烧香”病毒的计算机自动访问该网站时就会感染盗号木马，木马会自动监测计算机里的网络游戏的账号和密码，然后通过电子邮件发送出来。张顺将木马盗窃的含账号和密码的大量网络游戏“电子信封”以每个0.9至2.5元的价格在网上出售，并先后多次给李俊、王磊汇款。在此期间，王磊在网上通过腾讯QQ帮李俊卖出三个“熊猫烧香”病毒后三次共汇给李俊1450元。通过病毒的传播，李俊获利145149元，王磊获利80000元，张顺获利12000元。

2007年1月初，随着“熊猫烧香”病毒的传播，雷磊得知李俊的www.krvkr.com网站流量很大，于是请李俊为其父亲的砖瓦厂写了个广告小插件，挂在李俊的网站上，以增加该广告的点击量。同月底，雷磊在武汉市京都宾馆一房间找李俊玩时，李俊将“熊猫烧香”病毒、该病毒的专杀工具及修改后的“熊猫烧香”病毒的各自源代码从其笔记本电脑上传给雷磊的笔记本电脑，请雷磊提建议。雷磊看了之后表示图标变花的问题自己有技术解决，并当面对修改后的“熊猫烧香”病毒源代码进行修改，改了几个小时未能成功。2007年2月2日，李俊将其www.krvkr.com网站关闭。

通过国家计算机病毒应急处理中心从2006年11月至2007年3月1日的监测及各反病毒应急小组成员上报，已发现北京、上海、天津、山西、河北、辽宁、广东等多个省市的用户遭受感染。“熊猫烧香”病毒能导致受感染计算机用户计算机运行速度下降，出现蓝屏、频繁重启以及系统硬盘数据文件被破坏等现象，致使计算机系统不能正常运行并且由于备份文件的损坏不能及时恢复系统，影响计算机系统正常运行。

被告人李俊、王磊、张顺归案后退出所得全部赃款，李俊还主动交出“熊猫烧香”病毒专杀工具。

公诉机关认为,被告人李俊、王磊、张顺、雷磊故意制作、传播计算机病毒,影响计算机系统正常进行,后果严重,其行为已构成破坏计算机信息系统罪;被告人李俊、王磊、张顺在共同犯罪中起主要作用,是主犯;被告人雷磊在共同犯罪中起次要作用,是本案从犯;请求依法惩处。

被告人李俊对起诉指控其犯破坏计算机信息系统罪的事实和罪名无异议,但辩称其系犯罪中止。其辩护人王万雄提出的辩护意见是:李俊有自首情节、有立功情节、有主动退赃等酌定从轻情节。

被告人王磊对起诉指控的事实和罪名无异议。其辩护人何四为、阚宇的辩护意见是王磊在共同犯罪中起次要作用,系本案从犯。

被告人张顺对起诉指控的事实和罪名无异议。其辩护人张早刚的辩护意见是:张顺在共同犯罪中起次要作用,系本案从犯,且张顺主动退赃,认罪态度较好,具有酌定从轻情节。

被告人雷磊对起诉指控其犯破坏计算机信息系统罪的事实和罪名无异议。被告人雷磊及其辩护人张书杰均辩称其系犯罪未遂。

经审理查明:被告人李俊于2006年10月开始制作计算机病毒"熊猫烧香",并请被告人雷磊对该病毒提修改建议。雷磊认为,该病毒会修改被感染文件的图标,且没有隐藏病毒进程,容易被发现,建议李俊从这两个方面对该病毒进行修改。李俊按照雷磊的建议修改了"熊猫烧香"病毒,由于其技术方面的原因而使修改后的病毒虽然能不改变别人的图标,但会使别人的图标变花、变模糊,隐藏病毒进程问题也没有解决。2007年1月,雷磊亲自对该病毒进行修改,也未能解决上述两个问题。2006年11月中旬,李俊在互联网上叫卖该病毒,同时也请被告人王磊及其他网友帮助出售该病毒。随着病毒的出售和赠送给网友,"熊猫烧香"病毒迅速在互联网上传播,导致链接李俊个人网站 www. krvkr. com 由此的流量大幅上升。王磊得知此情形后,主动提出为李俊卖"流量",并联系被告人张顺购买李俊网站的"流量",所得收入由王磊和李俊平分。为了提高访问李俊网站的速度,减少网络拥堵,王磊和李俊商量后,由王磊化名董磊为李俊的网站在南昌锋讯网络科技有限公司租用了一个2G内存、百兆独享线路的服务器,租金由李俊、王磊每月各负担800元。张顺购买李俊网站的流量后,先后将九个游戏木马挂在李俊的网站上,盗取自动链接李俊网站游戏玩家的"游戏信封",并将盗取的"游戏信封"进行拆封、转卖,从而获取利益。从2006年12月至2007年2月,李俊获利145 149元,王磊获利80 000元,张顺获利12 000元。"熊猫烧香"病毒的传播,造成北京、上海、天津、山西、河北、辽宁、广东、湖北等省市众多单位和个人的计算机受到病毒感染,不能正常运行,同时也使众多游戏玩家的游戏装备、游戏币被盗。2007年2月2日,李俊将其网站关闭,之后再未开启该网站。

被告人李俊归案后,向公安机关提供线索抓获了其他同案人。

案发后,被告人李俊、王磊、张顺退出了所得的全部赃款。被告人李俊交出“熊猫烧香”病毒专杀工具。

上述事实,有经庭审质证、认证的下列证据证实:

1. 被告人李俊、雷磊的当庭供述及湖北丹平司法鉴定所鉴字〔2007〕002、003、004号鉴定书可以证实李俊制作了“熊猫烧香”病毒,被告人雷磊对李俊修改“熊猫烧香”病毒起到了一定的作用。

2. 被告人李俊、王磊、张顺的当庭供述及证人薛庆、李力锋的证言材料,腾讯QQ聊天记录等可以证实被告人李俊、王磊、张顺传播了计算机病毒。

3. 被害人张志刚、程义枝、刘云鹤、吴文辉、吴井云、陈学斌等人的陈述材料,证人张伟东、林稚欢、周剑等人的证言材料,国家计算机病毒防治产品检验中心〔2007〕第005号检验报告,国家计算机病毒应急处理中心关于“熊猫烧香”病毒的说明、受损用户表、监测结果及银行往来账等可以证实被告人李俊、王磊、张顺、雷磊制作、传播计算机病毒的后果严重。

4. 公安机关的办案说明及相关犯罪嫌疑人的抓获经过,可以证实被告人李俊有立功表现。

5. 仙桃市公安局出具的李俊交出“熊猫烧香”病毒专杀工具的办案说明及被告人李俊、王磊、张顺归案后退出所得赃款的收据等可以证实被告人李俊、王磊、张顺具有酌定的从轻处罚情节。

本院认为,被告人李俊、雷磊故意制作计算机病毒,被告人李俊、王磊、张顺故意传播计算机病毒,影响了众多计算机系统正常运行,后果严重,其行为均已构成破坏计算机信息系统罪,应负刑事责任。公诉机关起诉指控的罪名成立,本院予以确认。关于公诉机关指控被告人李俊与雷磊共同制作了“QQ尾巴”计算机病毒,并进行了传播的事实,由于公诉机关没有提供确实、充分的证据,本院不予认定。被告人李俊制作、传播计算机病毒,已经造成了严重后果。因此,其辩称系犯罪中止的辩护意见不能成立,本院不予采纳。被告人李俊是在公安机关掌握了其涉嫌犯破坏计算机信息系统罪的相关证据后被抓获的。因此,其辩护人提出李俊有自首情节的辩护意见不能成立,本院不予采纳;被告人李俊协助公安机关抓获本案同案犯,依法应认定为有立功表现,其辩护人辩称李俊有立功情节的辩护意见,本院予以采纳;被告人李俊归案后认罪态度好,主动交出病毒专杀工具,积极退赃,属酌定从轻处罚情节,该辩护意见本院予以采纳。关于被告人王磊、张顺的辩护人提出的“被告人王磊、张顺系本案的从犯及有酌定从轻处罚情节”的辩护意见,本案系共同犯罪,被告人王磊、张顺在共同犯罪中起次要作用,应认定为本案的从犯,且二被告人的认罪态度好,积极退赃,有酌定从轻处罚的情节,上述辩护意见,本院予以采纳。关于被告人雷磊及其辩护人辩称“被告人雷磊的行为属于犯罪未遂”的辩护意见,《中华人民共和国刑法》第23条第1款规定,已经着

手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。本案系共同犯罪,其犯罪的危害结果已经发生,故其辩护意见不成立,本院不予采纳。关于被告人雷磊的辩护人提出的"被告人雷磊系从犯,且有酌定从轻处罚情节"的辩护意见,经查,被告人雷磊在共同犯罪中,起次要作用,应认定为本案的从犯,且二被告人的认罪态度好,有酌定从轻处罚的情节,上述辩护意见,本院予以采纳。本案系共同犯罪,被告人李俊在共同犯罪中起主要作用,是本案主犯,应当对其参与的全部犯罪处罚。被告人王磊、张顺、雷磊在共同犯罪中起次要作用,是本案从犯,依法应当从轻处罚。被告人李俊有立功表现,依法可以从轻处罚。被告人李俊主动交出"熊猫烧香"病毒专杀工具,可以酌情从轻处罚。被告人李俊、王磊、张顺能积极退赃,均可酌情从轻处罚。被告人李俊、王磊、张顺、雷磊认罪态度好,有悔罪表现,亦可酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第286条第1、3款,第25条第1款,第26条第1、4款,第27条、第68条第1款、第64条和最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第5条之规定,判决如下:

一、被告人李俊犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑4年;

被告人王磊犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑2年6个月;

被告人张顺犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑2年;

被告人雷磊犯破坏计算机信息系统罪,判处有期徒刑1年。

二、被告人李俊的违法所得人民币145 149元,被告人王磊的违法所得人民币80 000元,被告人张顺的违法所得人民币12 000元,予以没收,上缴国库。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内,通过本院或者直接向湖北省汉江中级人民法院提出上诉。书面上诉的,应提交上诉状正本一份,副本二份。

审　判　长　周国华
审　判　员　王建亮
审　判　员　郭越群
2007年9月26日
书　记　员　崔　兆

郭水明等人贩卖毒品案法理研究

常　燕*

一、选案理由

毒品犯罪是各类犯罪中最普遍、对社会危害最大的犯罪，它不仅使戒吸巩固率降低、复吸面增大，严重危害公民的身心健康，而且还诱发抢劫、盗窃、杀人等影响社会治安的严重犯罪，还是其他毒品犯罪得以存在和发展的基础。因此，严厉打击毒品犯罪是禁毒斗争的重点。

各国刑法一般都对这种犯罪规定了严厉的刑罚。我国早在1979年《刑法》颁布时，就在第171条对毒品犯罪作了规定，然而，随着毒品犯罪在我国的日益增多，原有的法律法规已不能适应新形势下打击毒品犯罪的需要，为此，全国人大常委会在1990年12月28日通过了《关于禁毒的决定》，该决定对刑法中关于毒品犯罪的规定作了修改和补充，解决了禁毒工作中迫切需要解决的许多重大问题，给司法机关提供了惩治毒品犯罪的强大法律武器。1997年《刑法》又将《关于禁毒的决定》的主要内容全部吸收入律，同时在总结实践经验的基础上，又增加了一系列的新规定，使我国关于惩治毒品犯罪的刑事法律臻于完善。

但我们还必须清醒地看到，近些年来，国际社会废除死刑的呼声日益高涨，限制和废除死刑已经成为国际社会刑法制度改革的趋势。我国也确立了“暂不废除死刑，但严格限制适用死刑”的刑事政策。而在我国毒品犯罪领域，死刑适用率过高已成为一个不容忽视的问题。特别是近年来，限制和废除死刑已经成为国际社会刑法制度改革的趋势。这一趋势呈现出以下三个特征：废除死刑进程加快；死刑适用日趋严格；限制、废除死刑的运动由区域波及世界。而我国刑法中死刑罪名的泛滥以及司法实践中对死刑的过度适用之现状，与当今国际社会法治发展进步趋势显然是背道而驰的。特别是在毒品犯罪这一领域，因犯罪被判处死刑的实际人数，在所有死刑犯中所占的比例是非常大的。在一些毒品犯罪案件中，同时有3至5名，甚至数名被告人被判处死刑的案例。每年的“6·26国际禁毒日”实际上成为了名副其实的“伏法日”，全国各地均

---

* 北京市第一中级人民法院法官，法学硕士。

有为数不少的毒品犯罪分子在这一天被执行死刑。我国一些地方甚至因为毒贩被执行死刑而成为了远近闻名的“寡妇村”。这些都可以证明毒品犯罪案件中被判处死刑的人数过多已是一个不争的事实。郭水明等毒品犯罪案件就存在这方面的问题:本案中有3名被告人被判处死刑立即执行,2名被告人被判处死刑缓期两年执行。一审判决中郭水明被判处死刑立即执行。但由于案件中存在“郭水明具有重大立功表现”的因素,福建省高级人民法院认定郭水明罪不至死,改判为死刑缓期执行。本案因涉案毒品数量巨大,多名被告人被判处死刑而引起了社会较大的关注,同时案件中还存在着共同犯罪和立功等因素,因此笔者选择本案进行研究。

二、基本案情

被告人郭水明,别名“阿国”,男,1958年1月22日生于广东番禺,汉族,初中文化,商人,住香港新界运头塘村运临楼2626号。2001年2月14日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年3月20日被依法逮捕。

2001年1月间,周锡镖、张松荣、戚毅雄接受台湾毒贩辛董、眼镜李、阿昌的指派,分赴大陆并相互取得联系,准备共同配合完成从大陆购买冰毒,然后走私到台湾。根据台湾毒贩的安排,戚毅雄负责到广州联系购买冰毒,将冰毒交给周锡镖,并将毒资付给货主。周锡镖为主负责将冰毒运送到厦门,并负责将毒资交给戚毅雄。张松荣负责在厦门提货、付款,并利用其做碳酸钡出口台湾之机,用集装箱从厦门夹带冰毒到台湾。戚毅雄受阿昌的指使,来到广州,通过黄荣业的介绍,找到郭水明,商定以每公斤2.15万港元的价格购买100公斤冰毒。之后,戚毅雄、黄荣业二人向阿昌虚报价格为每公斤2.3万港元,戚毅雄、黄荣业从中赚取每公斤1 500港元的差价。2月4日,周锡镖受辛董指使,到广州与戚毅雄、黄荣业商定运输毒品的事宜,并叫其旧友邱某华一同前往。到广州后,周叫上黄荣业与邱某华制作了一张“洪中奇”的假身份证,后先行返回厦门。由黄荣业将假名告知郭水明,让郭用“洪中奇”假名发货。郭水明安排他人于2月6日通过“福运通货物快速运输公司”将第一批50公斤冰毒以“五金零件”的名义从广州发往厦门。该批货物的提货单则由郭水明于当日下午在广州三元里交给黄荣业、戚毅雄。黄、戚二人随即乘飞机返回厦门与周锡镖会合,并将提货单交给周锡镖。当晚,周锡镖、黄荣业、戚毅雄三人到厦门湖滨东路41号“福运通货物快速运输公司”提货踩点,为第二天的提货作准备。2月7日上午,张松荣找陈麒翔帮忙领取“货物”,陈麒翔又叫上朋友李锦富帮忙,三人到该提货点附近找到周锡镖,周即将提货单及“洪中奇”的身份证交给张松荣。之后,陈、李二人在张松荣的指使下将50公斤冰毒领出,雇小货车将冰毒运至厦门市湖里区江浦北里26号楼402室陈麒翔的住处。张松荣、周锡镖随后赶到,和陈、李二人一起清点验货。清点时,陈、李二人知道该批货物是毒品,仍按照张松荣的要求分装。周、张验货后一起到厦门市鑫安宾馆,张松荣将眼镜李交

给自己的38万港元毒资交给周锡镖,周将该款以及辛董在台湾交给他的2万美元购毒款交给黄荣业,黄以携带巨款乘坐飞机不方便为由要求周陪同。周与黄分别携款于7日下午飞到广州。与此同时,戚毅雄于7日上午按照阿昌的安排飞往香港取得毒资145万港元带到广州。当日晚,周锡镖、黄荣业、戚毅雄在广州流芳宾馆碰头,将共计183万港元及2万美元的购毒款交给郭水明。8日,按照张松荣的电话指使,陈麒翔、李锦富将涉案的50公斤冰毒在厦门市内多次转移。10日,张松荣出资,陈麒翔、李锦富租下厦门市莲福大厦18楼H室,于当日晚将毒品藏匿该处。2月11日、12日,郭水明等人分别在广州、泉州、厦门等地被公安机关抓获,2月12日,厦门市公安局在本市莲富大厦18楼H座缴获冰毒50公斤。经鉴定,含有甲基苯丙胺成分。

三、裁判要旨

为牟取非法利益,贩卖国家明令禁止的毒品,数量大,构成贩卖毒品罪。接受台湾毒贩的委派,为达到走私毒品到台湾的目的,分工合作,代表毒贩完成在大陆采购毒品的行为,数量大,构成走私、贩卖毒品罪。受他人指使,在明知是毒品的情况下,实施窝藏、转移毒品的行为,数量大,情节严重,构成窝藏、转移毒品罪。行为人与其他人商定毒品买卖价格及运输事宜,收取毒资,贩卖冰毒数量巨大,社会危害性大,应予严惩,但行为人在二审期间,检举他人贩卖毒品犯罪事实并通过他人协助公安机关抓获犯罪嫌疑人,查获数量巨大的冰毒,具有重大立功表现,对其判处死刑,可不予立即执行。

四、本案引发的理论问题

本案系毒品犯罪适用死刑的案例,因为同时具备"重大立功"及共同犯罪等逆向量刑情节,为我们研究影响死刑适用的因素提供了很好的范例。笔者认为,对本案被告人郭水明的判决,有以下三个问题值得研究:

1. 毒品犯罪适用死刑是否正当。司法实践中毒品犯罪适用死刑的比率如此之高,这是否符合刑事法理?人们大多看到了毒品犯罪对社会造成的严重危害,对毒品犯罪人恨之入骨;司法机关出于遏制犯罪的考虑,主张严厉打击毒品犯罪。于是,毒品犯罪适用死刑也就成了大家都满意的选择。但是,在我们主张逐步废除死刑的今天,还有很多人因为毒品犯罪被判处极刑,这与我们所倡导的目标和理念是极其不符的。郭水明一案充分反映了毒品犯罪分子动辄被判处死刑的真实而紧迫的情况。由这样一个案子,我们能推开去论证毒品犯罪适用死刑的正当性,从而帮助我们重新认识毒品犯罪的现状,犯罪性质,社会危害性,启发我们寻找根除毒品犯罪的有效途径,坚定我们在现阶段坚决慎用死刑的信念。

2. 毒品案件共同犯罪的认定及其对量刑的影响。数名犯罪分子相互配合,共同完成贩卖毒品的共同犯罪可以说已经成为毒品案件的一个特点了。因此,对于毒品案件

共同犯罪的认定是法院在审理毒品案件时一个必不可少的环节。但是,对于在共同犯罪中经常出现的行为人居间介绍买卖毒品的行为是否应当认定为毒品共同犯罪,理论界还存在着很大争议。因此,对于该行为的正确认定将是本文关注的一个重点。此外,通过本案,笔者发现法院在处理重大毒品共同犯罪案件时,存在着对主犯、从犯不加区别地一律处以死刑这一问题,违背了刑法对于共同犯罪的规定及其精神,也违背了我国惩办与宽大相结合的刑事政策,一定程度上加剧了死刑的过度适用。对这一倾向的反思及适当纠正,能够更好地实现罪刑均衡,更严格地遵循坚持少杀、慎杀的刑事政策。

3. 毒品案件立功的认定及其对量刑的影响。依靠犯罪分子提供破案线索、协助抓捕是破获毒品犯罪最常用的手段之一,然而,在司法实践中对于立功的成立条件却有着众多争议。名不正则言不顺,对于立功成立条件的模糊认识必然影响对于犯罪分子立功的正确认定。因此,对于立功的成立条件予以明确,能够更好地规范司法实践中对犯罪分子立功的认定,从而更有利地鼓励犯罪分子积极立功,协助司法机关破案。此外,由于我国刑法中对于毒品犯罪规定的刑罚幅度过大,如《刑法》第 347 条规定走私、贩卖、运输、制造毒品,有五种情形之一的,处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处没收财产。15 年有期徒刑、无期徒刑与死刑这三个刑种之间无疑法定刑幅度过大,导致法院在对有重大立功表现的犯罪分子量刑时无所适从:一方面按法律规定“可以减轻处罚”;另一方面若严格按法律在 15 年有期徒刑以下对犯罪分子处刑,似乎又过宽,不利于打击毒品犯罪,从而导致在司法实践中对犯罪分子处刑过重,死刑被过分适用。对这些问题进行思考并合理地加以解决,能够更好地规范量刑原则中立功的适用,更好地保护人权,遏制犯罪。

五、毒品犯罪适用与配置死刑问题研究

在刑法相关条文中,数个毒品犯罪的罪名均规定有死刑;在司法实践中,毒品犯罪适用死刑的比率非常高,几乎可以与故意杀人罪相媲美。这一现实不由得不令人深思:作为一种无被害人的非暴力犯罪,对其适用死刑的根据究竟何在?因此,在下文中,笔者将要探讨毒品犯罪适用死刑的正当性这一问题。

(一)毒品犯罪适用死刑的正当性问题分析

1. 对毒品犯罪适用死刑,与死刑存在的现实根据不符

(1)对毒品犯罪适用死刑违背报应主义

报应观念是从原始社会的同态复仇思想演变而来的。在原始社会,将杀人者处死被认为是一种血亲复仇的义务。因此,报应主义者大多对死刑持一种肯定的态度。在报应主义的理论中,最为核心的一点便是——刑罚所剥夺的权益的价值不得大于犯罪所侵害的权益的价值,刑罚的严厉性不得超过犯罪危害的严重性。报应论随着社会的

不断发展,相继经历了“等害报复论”、“等价报应论”与“该当论”。[①]

最初的等害报复论所强调的是:犯罪的恶害与刑罚的强度相对等。对此,康德就曾明确指出:“如果你偷了别人的东西,你就是偷了你自己的东西;如果你打了别人,你就是打了你自己;如果你杀了别人,你就杀了你自己。”[②]根据等害报复论的原理,康德强调指出对谋杀罪犯必须处以死刑,而不能用其他刑罚代替,否则便不能实现刑罚的公正与正义。因为,“没有类似生命的东西,也不能在生命之间进行比较,不管如何痛苦,只有死;因此,在谋杀罪与谋杀的报复之间没有平等问题,只有对犯人执行死刑。”[③]等害报复论要求报应必须与侵害对等,因此,为故意杀人罪配置死刑并对杀人犯处以死刑才是公正的。

等害报复论是初级阶段的报应理论,随着人们的认识能力的提高,等价报应随之出现。等价报应论的创始人黑格尔认为,报应公正的内涵不在于刑罚与犯罪的外在形状上的等同,即:“不是侵害行为特种性状的等同,而是侵害行为自在地存在的性状的等同,即价值的等同。”[④]换言之,在等价报应的语境中,刑罚的公正是通过刑罚的惩罚与犯罪的恶害等价来实现的,它首先意味着刑罚的强度必须和犯罪行为的危害程度相适应。“作为犯罪的定在具有在质和量上的一定范围,那么作为对犯罪的否定,刑罚这一定在当然也得具有同样质和量上的一定范围。只有这样才能保持刑罚报复的正义性”。[⑤] 它与交换的正义和赔偿的正义中的那种要求在双方当事人之间达成或恢复某种平衡均等的内核十分相近。[⑥] 正是因为强调价值的等同,所以黑格尔认为,对于杀人的罪犯只有死刑与其杀人行为的等价性才是相当的,“因为生命是人的定在的整个范围,所以刑罚不能仅仅存在一种价值中——生命是无价之宝,——而只能在于剥夺杀人者的生命。”[⑦]

该当论以报应为基础同时积极吸收预防论的合理成分,它是报应论在当代的新境界。在该当论的语境中,报应公正所要求的对等回报已经不再意味着侵害与刑罚之间的等质等量。按照该当论,作为刑罚之分配基准的是犯罪的严重性,而严重性以不同犯罪的危害与应受谴责性的大小为统一的抽象的评价标准,作为刑罚之分配的内容是刑罚的严厉性,而严厉性以不同刑罚的轻重为统一的、抽象的评价标准,因此,刑与罪之间的均衡纯系刑量对罪量的均衡。[⑧]

---

① 参见邱兴隆:《关于刑罚的哲学——刑罚根据论》,法律出版社 2002 年版,第 10—25 页。
② 〔德〕康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1997 年版,第 165 页。
③ 马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社 1999 年版,第 103 页。
④ 〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1996 年版,第 104 页。
⑤ 马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社 1999 年版,第 130 页。
⑥ 参见郑成良:《法律之内的正义》,法律出版社 2002 年版,第 20—21 页。
⑦ 〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1996 年版,第 106—107 页。
⑧ 参见邱兴隆:《关于刑罚的哲学——刑罚根据论》,法律出版社 2002 年版,第 10—25 页。

从上述报应理论的逐渐演变过程中,我们可以看出,不论是强调侵害与刑罚的等质等量还是强调刑量对罪量的均衡,持报应主义的学者们都认同的一点是:只有如故意杀人罪等直接危害人类生命的行为才能够适用死刑。从等害报复论的角度而言,"如果你杀了别人,你就杀了你自己",但反之如果"你没有杀别人,别人就不能杀你。"所以,对于毒品犯罪这种并未直接危害他人生命的犯罪,是不能适用死刑的。从等价报复论的角度而言,"对于杀人的罪犯只有死刑与其杀人行为的等价性才是相当的",因为,"生命是无价之宝,——而只能在于剥夺杀人者的生命。"既然生命是无价之宝,死刑只能适用于杀人者,那么并未造成剥夺他人生命后果的毒品犯罪者自然也是不宜适用死刑的。从该当论的角度而言,"作为刑罚之分配基准的是犯罪的严重性。"只有具有最大的危害性的严重侵害公民人身权利的犯罪才可以被处以最严苛的极刑——死刑。而相对于故意杀人罪等暴力性犯罪,毒品犯罪仅仅是侵害了社会管理秩序,是一种典型的无被害人的非暴力犯罪。不可否认,毒品犯罪会造成诸多严重后果:如致吸毒者死亡等,但,这种严重后果不能也不应都归咎于毒品犯罪本身。因此对于严重性不及故意杀人罪的毒品犯罪,其刑罚适用自然也应当轻于故意杀人罪,是不宜适用死刑的。

综上所述,对毒品犯罪适用死刑违背了报应主义的内涵,是缺乏正当性根据的。

(2)对毒品犯罪适用死刑违背功利主义

功利理论主要是从死刑存在的必要性上为死刑的正当性辩护的。死刑除起源于原始社会的复仇以外,对战俘的杀戮也往往被认为是死刑的起源。在当时生产力的状况下,尚没有或者只有极少的剩余价值,因而这种杀戮具有经济上的考量。只有在战俘可以成为创造剩余价值的工具以后,才沦为奴隶,不至于被一杀了之。但杀戮作为一种刑罚被保留下来,成为镇压工具,其必要性在于统治的客观需要。

具体而言,死刑的功利主义理论主要包括以下两个方面:

第一,死刑具有最大的一般预防的功能。"愿生恶死、避苦趋乐,为生物的本性,死为人类最不愿者、最为恐怖之事。"死刑作为诸刑之苦最为极端者,自然具有最大的威慑预防效果。[①] 根据费尔巴哈心理强制理论,人都有趋利避害、向乐避苦的心理。犯罪人实施犯罪行为能够给其带来某种欢乐;相应的刑罚会给他带来一定痛苦。当这种犯罪后的必然结果(即刑罚)能够让犯罪人承受大于犯罪欢乐的痛苦,犯罪人就会放弃犯罪的念头。理性的潜在犯罪人在实施犯罪之前,必然在犯罪之乐与刑罚之苦之间进行选择,只要刑罚有可能带给他足够的痛苦,他就不会选择犯罪。潜在的犯罪人对刑罚的畏惧程度与惩罚的严厉性程度成正比,刑罚越严厉,有理性的人就越害怕,所以其威吓的作用就越大。死刑能带给犯罪人的痛苦是最大的,当然就对犯罪人有着最大的心

① 参见贾宇:《死刑的理性思考与现实选择》,载《法学研究》1997 年第 2 期。

理强制,对犯罪行为有着最有效的遏制力。[①]

第二,死刑在预防犯罪人再犯,即在个别预防方面最具有彻底性,因为对犯罪人执行死刑可以从根本上制止其再犯罪。死刑特殊预防的功能是一个不争的事实,龙勃罗梭曾言,只有采取最后一条道路判处死刑,才能制止其他刑罚无力制止的罪犯再犯罪。加罗法洛提出,死刑是解决以杀人为乐的罪犯的唯一手段。[②] 就连贝卡里亚也不得不承认,剥夺犯罪能力的有效性是死刑赖以存在的一项重要理由。[③] 日本学者久礼田则主张,死刑对于最凶恶、最危险的罪犯来说,无疑是防止其再犯罪的唯一最有效的手段。[④]

然而就毒品犯罪而言,笔者认为,首先,从对毒品犯罪适用死刑的效果来看,其并未起到预期的一般预防的功效。在适用死刑呈增长趋势的情况下,毒品犯罪案件仍逐年增长。目前,云南省缴获的毒品数量约占全国缴获量的80%。新型毒品缴获量快速增长,2005年占了全国的57%。从云南省受理的毒品案件数量能够比较准确地反映出我国毒品案件情况。可想而知毒品犯罪案件适用死刑的数量在云南相当高,且没有下降趋势。[⑤] 可见,在死刑的威慑下,毒品犯罪分子并没有停止犯罪行为,相反在暴利的刺激下,很多犯罪分子明知毒品犯罪可能判处极刑,但仍然从事这一行为。显然,死刑对毒品犯罪分子的威慑力是有限的。

其次,不可否认,对毒品犯罪分子适用死刑具有最彻底的个别预防功效。但不容忽视的是,刑罚除了具有惩戒功能外,还应当具有教育功能。使犯罪分子可以在刑罚过程中受到教育,降低其反社会性,使其可以重新回归社会也是刑罚一大不可忽视的功能。而对毒品犯罪分子适用死刑姑且不论是否符合罪刑均衡的原则,其一味重视惩戒犯罪分子而忽视了对犯罪分子改造教育而使其重新做人的刑罚功能也是极不可取的。毒品犯罪属于贪利型犯罪,犯罪分子的主观目的通常是为了谋取高额利润,因此其人身危险性和主观恶性并不是很高,是完全可以通过教育改造使其重新融入社会的。只有对于人身危险性极高,主观恶性极大,无法通过教育改造使其重新做人的犯罪分子适用死刑,彻底消灭其重新犯罪的可能性才是特殊预防的题中之义。而对于人身危险性和主观恶性相对较小的毒品犯罪分子适用死刑是不符合特殊预防目的的实现的。

2. 从毒品犯罪自身的特点角度考察,对毒品犯罪应否适用死刑

(1)从犯罪的行为方式上看,毒品犯罪属于妨害社会管理秩序的犯罪,是典型的非暴力犯罪。"所谓非暴力犯罪,应当同时满足以下两个条件:(1)其犯罪基本构成要

---

① 参见贾宇:《死刑的理性思考与现实选择》,载《法学研究》1997年第2期。

② 参见〔意〕加罗法洛:《犯罪学》,耿伟等译,中国大百科全书出版社1996年版,第198页。

③ 参见〔意〕贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第45页。

④ 参见胡云腾、张金、邱兴隆:《在功利的天平上:死刑效益谈(下)》,载《中国律师》1998年第11期。

⑤ 参见莫关耀:《从死刑的存废谈毒品犯罪死刑的限制》,载《云南警官学院学报》2007年第1期。

件中不包含暴力内容,即其犯罪实行行为不能以暴力方法实施;(2) 不以他人人身为犯罪对象,即对人身安全不能形成直接的损害或者危险。"①毒品犯罪的犯罪构成要件不具有暴力手段,也不以他人人身为犯罪对象,明显属于非暴力犯罪。尽管毒品犯罪客观上其带来的社会危害非常严重,不仅毒害人们的身心健康,还极易诱发滋生其他违法犯罪,但主观上其主要是以牟利为目的,侵犯的法益是社会管理秩序,即便出现上述危害后果也非其主观所追求的结果。与爆炸、杀人、恐怖等暴力犯罪相比,其主观恶性和人身危险性显然要小、要缓,因此,无论从报应还是预防的角度而言,其应受刑罚处罚的程度都理应轻缓于爆炸、杀人等暴力犯罪,特别是在是否适用死刑上,应有所区别。②

(2) 从犯罪产生的原因来看,纵览全球,大多数政府都对毒品犯罪进行严惩,对麻醉性药物进行严格管制。但是毒品犯罪却始终难以根除,其中不可忽视的原因便是毒品消费市场的广泛存在。这时我们便不得不提出一个疑问:究竟是毒品犯罪引发了毒品滥用,还是毒品滥用推动了毒品犯罪? 这好似一个鸡生蛋、蛋生鸡的问题,虽然难以给出令人满意的答案,但是有一点是可以肯定的,正是现在对毒品的大量消费需求才刺激了毒品犯罪,从而导致恶性循环。根据经济学原理,消费决定生产,同理如果没有吸毒者对毒品的大量需求,也就没有毒品犯罪的大量发生。进而推之,如果说毒品犯罪的大量发生有一部分原因应当归因于吸毒者的过错,那么对于毒品犯罪所造成的社会危害(如破坏社会秩序,残害吸毒者的身体健康甚至生命,导致很多家庭家破人亡等),一律都由毒品犯罪人来承担,而吸毒者则无需承担任何责任是否有失公平。正如故意杀人罪中被害人有过错的案件一样:因为被害人长期作恶,对他人、家庭、社会造成了严重的危害,使周围人在精神上长期遭受痛苦,终于在某一天招致或是亲属,或是好友的杀害。因为被害人有过错,通常犯罪人不会被判处死刑,而予以从轻处罚。这样的案例举不胜举。同理,吸毒者也是有过错的,正是由于其对于毒品的需求,才刺激了毒品犯罪的迅猛发展。如果其能够爱惜自己的生命,履行自己奉公守法的义务,抵抗毒品的诱惑,毒品犯罪也会越来越少。因此正是由于吸毒者存在过错,法律就应当适当考虑减轻毒品犯罪人的刑事责任,以期能够真正达到罪责刑相适应。

(3) 从犯罪人的主观恶性来看,犯罪目的是指犯罪人主观上通过实施犯罪行为意欲达到某种危害结果的希望或者追求。犯罪目的不仅仅反映出行为人的主观恶性程度,同时还影响着行为人实施行为的方向,决定行为的性质。行为人的目的是否正当,能够说明行为人是否具有主观恶性,从而成为认定行为人主观恶性大小和罪行是否极其严重的重要因素。走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪作为贪利型犯罪,具有贪利型犯

① 参见黄京平、石磊:《简析中国非暴力犯罪及其死刑立法》,载赵秉志主编:《中国废止死刑之路探索》,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 6 页。

② 参见莫关耀:《从死刑的存废谈毒品犯罪死刑的限制》,载《云南警官学院学报》2007 年第 1 期。

罪的一般特点,其犯罪目的不是为了夺取他人的生命或伤害他人的健康,而是为了获得暴利。获得巨额利润是贪利型犯罪分子从事犯罪活动的内在动力,因此毒品犯罪与其他贪利型犯罪一样;行为人的主观恶性较轻。

(4)从毒品犯罪的发展趋势来看,回顾毒品犯罪产生的历史,从走私、贩卖、运输、制造毒品被规定为犯罪到今天也只有一百多年的时间。我国最初是在清朝末年公布了惩治毒品犯罪的刑事法律,在明代以前鸦片是作为药材合法输入中国的。审视历史我们可以发现,立法中规定毒品犯罪是有其特定的社会背景的:当时西方各国出于对中国财富的觊觎,迫于对华贸易的被动地位,使出了“输出鸦片”的卑鄙手段,用鸦片和大炮打开了我国的国门,掠夺了大量的财富。我国政府面对烟毒蔓延的情况将鸦片作为违禁品,严格控制它的进口和消费。毒品犯罪是在特定背景下,出于政府管理社会的目的而产生的,当社会的经济、历史条件发生变化,全社会对毒品的认识、使用也发生变化的时候,毒品犯罪的社会危害性也会随之发生巨大的变化。

毒品犯罪具有相对性,走私、贩卖、运输、制造毒品在相当长的一段时间内并不是一种犯罪行为,即便当我国认定其为一种犯罪的时候,许多国家实际上并不禁止甚至还鼓励这样的行为。这充分说明同一性质的行为在不同的时代和区域下其违法的性质是相对的。犯罪的相对性,是由于对犯罪的评价本身就是一种价值判断,而价值本身会随着评价主体的认知水平、社会主流观念、人类生活方式的变化而具有一定的变动性。随着时代的转变,社会的主流价值观念必然随之转变,人类社会发展史已经充分地说明了这一点。走私、贩卖、运输、制造毒品犯罪在目前是一种严重危害社会的行为,而这里所谓的“严重的危害性”,就有一个程度的把握和是否具有危害性的判断在里面。也就是说,毒品犯罪,只是在当下用社会主流价值评判,认为它是非常严重的一种危害社会的行为。就整体趋势而言,随着整个人类社会逐步向文明、发达的方向演进,人们对犯罪行为认识的逐步深入,人们抵御危害行为的能力增强,对危害行为的容忍度也会有所提高,人们对于毒品犯罪的态度也会越来越宽容,甚至有可能认为毒品犯罪是社会正常代谢下的不良产物,受到毒品侵害而承受的痛苦是某部分社会成员对自己不负责任的生活方式付出的代价。随着医学技术的不断进步,沉溺毒品的人们有朝一日可以依靠药物有效地戒掉毒品,那时,毒品犯罪的社会危害就大大下降,贩卖毒品就可能被处以与非法销售香烟同等的处罚。

虽然我国目前毒品犯罪的情况严峻,刑罚仍然是打击犯罪最主要的手段。但是,世界上已经出现了“毒品合法化”的呼声,这种呼声引起了人们的关注。当代世界上关于毒品“合法化”问题,是20世纪80年代中期之后,主要由欧洲和美洲某些毒品消费国和生产国提出的。他们是在对国际禁毒公约和国内禁毒法律的成效进行反思,对于各种禁毒计划或者措施屡受挫折而毒品犯罪却日益猖獗的现实感到焦虑,对于花费巨大财力、人力加强法律惩治的效果表示失望的情形下而提出的。主张这种观点的人不

仅有学者、专家,而且还有政府官员、法官和检察官,甚至某些国际组织的要员或一些国家政府首脑也常常为此呼吁。目前,毒品合法化的范围也已经从原来的“毒品注射合法化”、“软毒品合法化”发展成为允许诸如鸦片、吗啡、海洛因等烈性毒品的合法化。① 因为不可否认,毒品犯罪之所以如此高发,正是由于毒品犯罪被严厉打击,毒品的利润水涨船高,所以很多人才会冒着上绞刑架的危险实施该类图利性的犯罪,由毒品犯罪引发的相关犯罪也随之越来越多,因为“刑事处罚将毒品的价格提高到了毒瘾者难以支付的水平以致不得不以犯罪增加其收入,和由于毒品非法偷运者无法使用合法手段而被迫使用暴力以履行其契约。”②此时,我们不得不考虑如果我们能够改变对毒品本身的看法,修改应对毒品犯罪的总体战略,从原来一味地对任何毒品犯罪行为进行严厉打击变成适当的疏导,同时降低某些毒品消费的成本,那么,毒品犯罪的数量应当就会相应减少。这种观点已经被越来越多的学者甚至国家所意识到。例如,荷兰是欧洲国家中毒品犯罪(特别是走私毒品犯罪)最严重的国家,但是荷兰却对于持有30克以下或者零售“软毒品”(大麻)的行为不予处罚,对于非法生产或者贩卖精神药品的犯罪则未规定刑罚。同时,荷兰国内设立了861家“大麻咖啡馆”为年满18周岁的成年人每人每次提供5克的毒品。另外一些西方发达国家,如西班牙、意大利、美国等国使毒品使用合法化的法律也正在酝酿之中。③ 面对毒品使用终有一日可能合法化、规范化的趋势,我们还有必要对毒品犯罪适用死刑这样的极刑吗?

3. 从比较借鉴的角度来看,对毒品犯罪应否适用死刑

(1) 从国际刑法规范的角度来看

首先,在死刑适用条件方面对毒品犯罪适用死刑是不符合国际通行惯例的。这种国际通行惯例是“只有最严重的罪行才可以适用死刑”。例如1998年我国政府签署的《公民权利和政治权利国际公约》,明确要求签署义务国不得随意剥夺人的生命,并强调未废除死刑的国家只能对犯有“最严重罪行”的人判处死刑。联合国经济与社会理事会关于《保护面对死刑的人的权利的保障措施》第1条重申:“在没有废除死刑的国家,只有最严重的罪行可判处死刑。”并进一步规定:“最严重的罪行之范围不应超出具有致命的或者其他极其严重之结果的故意犯罪。”(The scope should not go beyond intentional crimes with lethal or other extremely grave consequences.)④由于危及生命是严重的暴力行为的一种极为可能的后果,是严重的暴力犯罪行为的一种内在的属性,因此,这

---

① 参见杨鸿:《毒品犯罪研究》,广东人民出版社2002年版,第332页。

② 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析(上)》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第318页。

③ 参见:《毒品合法化有助于反毒?》,载《中国新闻周刊》2006年6月第17期。

④ 参见邱兴隆:《国际人权与死刑——以国际人权法为线索的分析兼及中国的应对》,载高铭暄、赵秉志主编:《21世纪刑法学新问题研讨》,中国人民公安大学出版社2001年版,第375页。

里所谓“有致死后果的故意犯罪”实际上是指严重的暴力犯罪行为。同时，由于《保障措施》将“其他极其严重的后果的故意犯罪”与危及他人生命权利的暴力犯罪相并列，对“最严重的罪行”加以界定，因此，所谓“其他极其严重的后果的故意犯罪”，应该是指犯罪行为所侵犯的客体之价值与人的生命权利相当的犯罪。毒品犯罪当然不属于最严重的犯罪。联合国经济及社会委员会秘书长关于死刑的第六个五年报告曾列举并谴责的对不属于最严重的犯罪适用死刑的情况中，就包括了毒品犯罪及强奸罪、绑架罪、经济犯罪等。[①] 据此，只有对最严重的犯罪施加的死刑才有可能是正当的死刑，而对任何非最严重的犯罪施加的死刑则构成不正当的死刑，亦即构成对人的生命的任意剥夺。毒品犯罪显然不属于此“最严重罪行”，故而对毒品犯罪是不宜适用死刑的。

其次，对于毒品犯罪适用死刑也是不符合国际社会通行的惯例的。例如 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》（以下简称《公约》）要求，各缔约国采取必要措施使这类犯罪受到充分顾及其严重性质的制裁，努力确保对这些犯罪的执法措施取得最大成效，并适当考虑到需要对此类犯罪起到威慑作用，但是该《公约》并不主张对严重的毒品犯罪适用死刑，《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 3 条关于毒品犯罪的制裁，作了如下的规定：(a) 各缔约国应使按本条第 1 款确定的犯罪受到充分顾及这些罪行的严重性质的制裁，诸如监禁或以其他形式剥夺自由罚款和没收。(b) 缔约国还可规定除进行定罪或惩罚外，对犯有按本条第 1 款确定的罪行的罪犯采取治疗、教育、善后护理、康复或回归社会等措施。(c) 尽管有以上各项规定，在性质轻微的适当案件中，缔约国可规定作为定罪或惩罚的替代办法，采取诸如教育、康复或回归社会等措施，如罪犯为嗜毒者，还可采取治疗和善后护理等措施。(d) 缔约国对于按本条第 2 款确定的犯罪，可以规定对罪犯采取治疗、教育、善后护理、康复或回归社会的措施，以作为定罪或惩罚的替代办法，或作为定罪或惩罚的补充。……可见，所有毒品犯罪都应受到与其罪行的严重程度相适应的制裁，是上述规定的基本内容之一。对毒品犯罪的制裁措施包括如下几个方面：

其一，严惩毒品犯罪。各缔约国应通过国内立法和司法，确保使毒品犯罪受到充分顾及其严重性质的刑事制裁，特别是要确保对于特别严重的毒品犯罪给予严厉的惩罚。这种制裁应适当考虑对此类犯罪的威慑作用。

其二，严格控制早释或假释。据《公民权利和政治权利国际公约》第 3 条第 7 款规定，对因毒品犯罪而被判刑的人，在考虑对其提前释放或假释时，应当充分考虑该犯罪的严重性质和本条第 5 项规定的八种严重情节（指前述情节特别严重的毒品犯罪），确保严格控制，不应轻易对其早释或假释，以防止其再次实施毒品犯罪。[②]

---

① 参见邱兴隆：《国际人权与死刑——以国际人权法为线索的分析兼及中国的应对》，载高铭暄、赵秉志主编：《21 世纪刑法学新问题研讨》，中国人民公安大学出版社 2001 年版，第 375 页。

② 参见贾宇：《国际刑法学》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 316 页。

其三,没收犯罪资财。在对毒品犯罪分子决定刑罚的时候,应当同时判处没收其从毒品犯罪中得来的收益或价值相当于此种收益的财产、已经或意图以任何方式用于毒品犯罪的毒品、材料、设备或其他工具,并且为了使判处的没收财产得以执行,各缔约国应制定可能必要的措施,其中包括各种便于识别、追查、冻结或扣押所没收的财产、收益、工具及任何其他物品的措施和开展双边或多边国际合作的措施;各缔约国同时也应当与其他当事国密切配合,为执行这种没收提供可能的帮助。[①]

从以上对毒品犯罪的刑罚规定看,国际刑法在惩治毒品犯罪方面是要求严厉打击,并主要依靠各缔约国按照国际刑法规定具体适用刑罚。但从整个规定来看,没有死刑的字眼出现,可见国际刑法在惩治毒品犯罪方面的态度是限制死刑的适用。[②]

(2)从其他国家的毒品犯罪刑事立法来看

其他国家尽管也都非常重视对贩卖毒品犯罪的惩治,但大都适用监禁、有期徒刑和罚金等财产刑,一般不适用死刑,代之辅以诸如严格控制早释或假释、建立特别累犯制度、延长追诉时效等特殊刑罚制度。如作为毒品最大消费国的美国,对非法制造、分发、提供Ⅰ、Ⅱ类毒品最严重的罪犯,也只规定了最高刑期为30年的监禁,只是对贩毒集团的头目可以判处死刑;在毒品犯罪非常严重的德国,对非法生产、交易毒品最严重的刑罚也只是15年自由刑;即使是黑社会犯罪猖獗的意大利,对从事生产型、交易型毒品犯罪的重大武装组织和阴谋集团的重要成员,最严厉的刑罚也只是24年监禁。哥伦比亚是世界上毒品犯罪最为严重的地区之一,其毒品犯罪的最重刑罚只有12年监禁。[③] 由此可见,国际上很多国家在惩治毒品犯罪方面的态度仍然是限制甚至禁止死刑的。

综上所述,对毒品犯罪适用死刑缺乏正当性。作为一种非暴力犯罪、无被害人的犯罪、贪利型犯罪,对其适用死刑违背报应主义,功利主义。作为一种主观恶性较小、社会危害性较小的犯罪,对其适用死刑也不符合刑法对于死刑适用条件的基本规定。作为一种国际常见犯罪,对其适用死刑也不符合国际社会通行的惯例。

(二)关于本案适用死刑问题分析

尽管如上文所述,对毒品犯罪配置死刑可能欠妥。但是,在现阶段,不可否认,对毒品犯罪适用死刑是有其法律根据的,在本案中法院判处郭水明等人死刑也是有法可依的。故笔者认为,目前我们应当立足于现实,坚持“严格控制死刑适用,少杀、慎杀”这一死刑政策,争取在对毒品犯罪保留死刑的情况下尽量保证做到事实清楚,证据确实、充分,谨慎适用死刑,防止滥杀、错杀。具体到本案,笔者认为法院对郭水明判处死刑有待商榷。

---

① 参见甘雨沛、高格:《国际刑法学新体系》,北京大学出版社2000年版,第247页。

② 参加梅传强、徐艳:《毒品犯罪的刑罚适用问题思考》,载《甘肃政法学院学报》2006年第6期。

③ 参见崔敏:《毒品犯罪发展趋势与遏制对策》,警官教育出版社1999年版,第330—331页。

1. 本案存在事实不清、证据不足的问题,在量刑时宜留有余地,不宜对郭水明适用死刑

首先,就郭水明电话号码簿的记录内容而言,无法直接证明郭水明参与贩毒。其次,郭水明电话号码簿记录有"林——13610176851"、"洪中奇——13666067538"的内容,以及载有托运人电话13610176851、收货人为"洪中奇"、电话是13666067538的福运通货物快速运输公司的提货单及货运交接清单,不能证明郭水明有与黄荣业、戚毅雄联系毒品运输、办理毒品托运的事实。再次,机场建设费收据背面写有"2万美、38万港、145万港"字样,即使结合黄荣业的供述,也不能确实充分地证明黄荣业将毒资港币183万元及美元2万元交给了郭水明。因此,将本案所有的间接证据综合起来,并结合各被告人的供述,都无法确实充分、排除合理怀疑地证明郭水明有实施毒品运输或者收取巨额毒资的事实;法院判决运用的全部证据,也无法清楚地说明郭水明是如何获取涉案的50公斤冰毒、郭水明是如何参与贩卖毒品的。而即便假设毒品经过郭水明之手托运,该批毒品最初又究竟从何人手中获取,郭水明有没有取得巨额毒资,甚至实际上有没有该笔毒资,都没有直接证据予以证明,相关的间接证据又存在诸多合理的怀疑,难以形成完整的证据锁链。所以,在存在事实不清、证据不足的情况下,就对郭水明适用死刑是有待考虑的。

2. 本案存在利用特情侦破的情节,毒品未流入社会,其社会危害性相对较小,因此对郭水明等人量刑应有所考虑,不宜仍适用死刑

根据2001年2月4日厦门市公安局边防保卫分局填报的编号为350291610102001的特大刑事案件立案报告表,表明本案是由侦查机关在2001年2月4日立案侦查的,而其他案卷材料均表明,郭水明和其他6名同案被告人被认定的主要犯罪行为是在2月4日以后才进行的。可见,本案各被告人的行为都在侦查人员的监视之下所为。在本案中,不能肯定特情人员有引诱犯罪的情形;但是,特情的介入对犯罪的发生、发展有一定的推动作用,则是无法否认的客观事实。2000年最高人民法院《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》中载明:"因特情介入,其犯罪行为一般都在公安机关的控制之下,毒品一般也不易流入社会,其社会危害程度大大减轻,这在量刑时,应当加以考虑。"具体到本案,即便认定郭水明犯有贩卖毒品罪,法院在对其处刑时也应根据上述《纪要》的精神予以适当的从宽处罚。一审判决以贩卖毒品罪对郭水明判处死刑,显然没有考虑上述《纪要》的有关精神,这是十分值得商榷的。

六、毒品案件共同犯罪的认定及其对量刑的影响

共同犯罪是指两人以上共同故意犯罪。在毒品案件中,经常存在数个犯罪人相互串通、共同犯罪的情形。在本案中也有所表现。因此,在分析本案时,笔者首先想对毒品犯罪共犯的成立条件予以明确。

(一) 毒品案件共同犯罪的认定

根据共同犯罪的理论,构成毒品犯罪的共犯须具备以下条件:

其一,实施贩卖毒品罪的主体须是两个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人,既可以是自然人,也可以是法人。共同参与毒品犯罪者中没有达到刑事责任年龄、不具有刑事责任能力的人不构成该罪的共犯。在实践中,有的毒品犯罪分子利用精神病人或者不满 14 周岁的未成年人为其贩卖毒品的,被利用的精神病人或者未成年人由于不具备成为犯罪主体资格,不构成共犯。

其二,在主观上,犯罪分子必须有共同的贩卖毒品的故意。即各行为人有实施贩卖行为的犯意联络,这种犯意联络是指各行为人通过意思的传递反馈而形成的,明知自己是和他人配合共同实施贩卖毒品的行为,并且明知该行为会发生危害社会的结果,而希望或放任这种危害结果发生的心理态度。犯意联络把各个行为人联系在一起,使他们的行为在共同犯罪故意支配下统一起来。实践中,有的毒品犯罪分子采取欺骗等手段使他人产生误解,在无意中实施了共同犯罪,不构成贩卖毒品罪的共犯,这种情况属于间接正犯。① 在刑法理论上对于共同犯罪的犯意联络是否包括单方面的犯意联络,即是否承认片面共犯,存在争议。笔者赞同承认片面帮助犯的观点。② 在贩卖毒品犯罪中同样存在片面的帮助犯。如行为人明知他人实施的是贩卖毒品的行为,于暗中提供帮助,被帮助者并不知情,即属于片面共犯。显然,如果不承认片面共犯,对于帮助者的行为处理就会出现困难。

根据《刑法》第 349 条的规定,包庇贩卖毒品的犯罪分子,为贩卖毒品的犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃的构成窝藏、转移、隐瞒毒品罪。实施上述犯罪的,事前有通谋的,以贩卖毒品罪的共犯论处。在这里,行为人是否构成贩卖毒品罪的共犯,关键在于是否有"事前通谋",也就是犯意上的联络,即行为人与实行贩卖毒品的犯罪分子具有了共同故意。"事前通谋"可以从两方面理解,即时间阶段上的"事先"和具体内容上的"通谋",对于"事先"的时间要求,笔者认为既不是指实行犯开始实施犯罪行为之前,也不是指行为人实施包庇、窝藏、掩饰、隐瞒等行为之前,应当是指实行犯的实行行为实施完毕之前。只要贩卖毒品的犯罪分子的贩毒行为尚未实施完毕,行为人与之通谋,就使行为人与贩毒分子在贩毒行为上具有了共同的故意,即使行为人的包庇以及窝藏、转移、隐瞒毒品或犯罪所得财物的行为发生在贩毒行为完毕后,仍然与贩毒行为形成与危害社会的结果有共同的因果关系,不失为共犯。而"通谋"则要求犯罪双方意思表示统一,达成一致意见。

其三,从客观方面来看,各共同犯罪人必须具有共同的贩卖毒品的行为,即各个共

---

① 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社 1999 年版,第 102 页。

② 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 1999 年版,第 516—517 页。

同犯罪人的行为都是指向贩卖毒品犯罪,彼此互相联系、互相配合,成为一个统一的犯罪整体,每个犯罪人的行为都是共同犯罪行为的一个有机组成部分,都是共同犯罪得以形成、发展和最终完成的直接或间接的原因。

在毒品共同犯罪案件中,居间介绍买卖毒品的行为非常常见,在本案中也存在这一情形。居间介绍买卖毒品行为应否构成共同犯罪以及对此种行为应如何量刑也成为本案的一个焦点。

居间介绍买卖毒品是指,行为人为买毒者与卖毒者提供交易机会,牵线搭桥,促使买卖双方达成交易的行为。近年来查获的贩毒案件中,相当一部分在购买者和销售者之间有居间介绍人存在。居间行为主要有两种情况,第一种情况是居间人受卖毒者的委托为其寻找买主,以促成毒品交易的成功。第二种情况是居间人受以贩卖为目的的买毒者的委托,为其介绍毒源信息,以促成毒品交易的成功。同时在这两种情况下,居间人都有可能获利,也有可能不获利。最高人民法院在《关于适用全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定的若干问题的解释》(1994 年 12 月 20 日)中规定:"居间介绍买卖毒品的,无论是否获利,均以贩卖毒品罪的共犯论处。"尽管这一司法解释仍具参考价值,但由于居间介绍行为的复杂性,理论与实践中对于居间介绍行为的认定仍然存有争议。综合起来主要有两种观点。

一种观点认为,应区分不同情况,对于受卖者委托寻找买者的,或受以贩卖为目的的买毒者委托寻找毒源的应以共犯论处,对于受吸者委托为其介绍毒源的,不能以共犯论处。持这一观点的理由也有不同。有的从贩卖毒品罪是以赢利为目的的犯罪出发,认为居间介绍人能否作为贩卖毒品罪的共犯,要看其本身是否有通达自己的行为使委托人实现赢利目的的故意。受吸毒者委托居间介绍的,由于委托人并不具有赢利的目的,居间介绍人当然无通过自己行为使委托人赢利的目的,故不构成共犯。相反,受卖毒者和以贩卖为目的的买毒者委托居间介绍的,委托人均有赢利目的,居间人也有通过自己行为使委托人赢利的目的,故构成共犯。① 有的从居间人是否具有帮助贩卖毒品的故意出发,认为受吸毒者委托或主动为吸毒者提供毒源信息的,是为了使吸毒者能够买到毒品,使其达到消费毒品的目的,并无帮助贩毒者贩卖毒品的故意。相反,为以贩卖为目的购买毒品者介绍毒源信息的以及受卖毒者委托为其寻找买毒人的,主观上具有帮助他人贩卖毒品的故意,对于这类居间行为应以贩卖毒品罪的共犯论处。② 另一种观点认为,无论居间人是受吸毒者、购毒者还是卖毒者的委托居间介绍的,均构成贩卖毒品罪的共犯。③

笔者赞同第二种观点。第一种观点中,认为贩卖毒品罪以赢利为目的的理由并不

---

① 参见桑红华:《毒品犯罪》,警官教育出版社 1993 年版,第 154 页。
② 参见唐吉凯:《几种特殊涉毒案件的定性问题》,载《人民司法》1995 年第 2 期。
③ 同上注。

成立,因为以赢利为目的并非当然是贩卖毒品罪的独立的主观要件。认为受吸毒者委托居间介绍的人不具有帮助贩卖毒品故意的理由也不妥。帮助的故意是指行为人认识自己的行为使实行犯的犯罪容易实行或促其结果发生,并希望或放任实行犯所实施的犯罪结果发生的心理态度。就受吸毒者委托居间介绍的人而言,其出发点是为了帮助吸毒者购买到毒品,但这并不能否定行为人已认识到自己的行为同时促成了贩毒者贩卖毒品的结果发生,在认识该结果的情况下,行为人仍决意实施居间行为,意志上若不是希望,至少也是放任。所以认为,受吸毒者的居间介绍的不具有帮助贩卖毒品的故意,是不符合事实的。所谓帮助犯是指故意帮助他人实行犯罪,其基本特征是自己不实行犯罪,在他人产生犯罪决意后,为他人实行犯罪创造便利条件,帮助他人完成犯罪。构成帮助犯,应具备两个条件:一是主观上须有帮助他人实行犯罪的故意,包括直接故意与间接故意;二是客观上须有帮助实行犯罪的行为,即在他人实行犯罪之前或实行犯罪过程中给予帮助,使他人易于实行犯罪或易于完成犯罪。① 就居间介绍买卖毒品而言,无论行为人受哪一方委托,也无论行为人是否为了获取利益或实际是否获取利益,他在实施居间行为时,主观上对自己的行为会促成贩毒结果的发生有着明确的认识,在具有该明确认识的情况下仍决意实施居间行为,对贩卖毒品危害结果的发生是希望或放任的态度,具有帮助贩卖毒品行为的完成,属于帮助实行贩卖毒品犯罪的行为。主客观统一,完全符合帮助犯的构成条件,应是贩卖毒品的帮助犯。因此笔者认为第二种观点是正确的。当然,如果行为人是受吸毒者的委托且并非为了获利,则其出发点仅仅是为了帮助吸毒者购毒,对于促成贩毒结果的发生一般是放任的态度,属于间接故意,在量刑上与另两种居间行为一般是直接故意相比,当适当从轻。②

(二)关于本案共同犯罪的认定及其量刑的分析

1. 相关辩护意见及法院的认定

郭水明的辩护律师提出的辩护意见为:被告人郭水明是从犯,请求从轻处罚。理由有三:首先,被告人郭水明不是货主;其次,郭水明也不是买主;第三,其也不是从中加价牟利的中间商;第四,其仅仅是协助黄荣业联系货源,转交提单,转交毒品货款,他是受人指使参与贩卖毒品,是起辅助作用的。虽然起诉书认定的货主林明华未到案,但林明华显然是本案的主犯。而黄荣业是先于被告人郭水明起意贩卖毒品的,其作用也大于郭水明。郭水明起的是次要的辅助作用,其只是冰毒买卖的中间介绍者,是从犯,应当对其从轻、减轻处罚。

黄荣业的辩护意见为:被告人黄荣业是从犯,其系居间介绍买卖毒品,并未从毒品买卖中赚取差价。

---

① 参见于志刚:《毒品犯罪及相关犯罪认定处理》,中国方正出版社 1999 年版,第 209 页。

② 参见姜兴国:《认定毒品案件共同犯罪的几个问题》,载《人民检察》2002 年第 8 期。

二审法院在判决中认定:上诉人郭水明与戚、黄二上诉人商定毒品买卖价格及运输事宜,收取毒资,贩卖冰毒达50公斤,数量巨大,社会危害性大,应予严惩,其是从犯的辩护意见不能成立,不予考虑。

上诉人黄荣业介绍戚毅雄并约郭水明一同商量毒品价格,与戚毅雄共谋采取向买主虚报毒品买入价的手段,欲从毒品交易中获利。而后从郭水明处取得毒品提货单转交给周锡镖,又到厦门取毒资携至广州,系本案中不可或缺的一个重要环节,其在公安侦查阶段多次供述目的是为了赚取毒品交易的差价,因此辩称系居间介绍的理由不能成立,不予采纳。

2. 笔者的观点

(1)本案属于共同犯罪案件。郭水明、戚毅雄、黄荣业、周锡镖、张松荣等人均达到了刑事责任年龄,具备刑事责任能力,符合共同犯罪的主体要求。在主观上,五人也均具有共同配合贩卖毒品的故意,即明知自己是和他人配合共同实施贩卖毒品的行为,并且明知该行为会发生危害社会的结果,而希望或放任这种危害结果发生。同时,五名被告人实施了贩卖毒品的客观行为,构成了毒品犯罪的共犯。

(2)郭水明的行为属于居间介绍买卖毒品,黄荣业的行为已不再仅限于居间介绍,而属贩卖毒品行为。在本案中,郭水明和黄荣业的辩护律师均提出其委托人的行为属于居间介绍买卖毒品,系共同犯罪中的从犯,请求法院考虑从轻处罚。但笔者认为二人在毒品案件的共同犯罪中所起的作用是截然不同的。二人均受以贩毒为目的的买主委托,实施了为其联系卖主的介绍行为,然而郭水明只是帮助黄荣业、戚毅雄联系毒品卖主,按照黄荣业的安排负责购进冰毒,没有积极奔走,也没有从中赚取利润的目的,亦没有其他任何表现出其主观恶性较大的行为(如系贩卖毒品集团的首要分子,或武装掩护贩卖毒品,或以暴力抗拒检查、拘留、逮捕等),并将毒资也如数交给了卖主林明华,这表明郭水明无论从主观上,还是从客观上都仅仅实施了居间介绍买卖毒品的行为。尽管如上文所述,居间介绍买卖毒品也应认定为贩卖毒品罪的共犯,但这种行为无论是从社会危害性上看,还是从主观恶性上来看,均比亲自主动实施贩卖毒品的行为要小。因此,郭水明在共同犯罪中所起的作用是较小的,其应系从犯。相较于郭水明,黄荣业不仅介绍戚毅雄约郭水明一同商量毒品价格,还与戚毅雄共谋采取向买主虚报毒品买入价的手段,欲从毒品交易中获利。而后从郭水明处取得毒品提货单后转交给周锡镖,又到厦门取毒资携至广州,在本案中已不再仅是居间介绍毒品,而是实施了积极主动的贩卖毒品的行为,社会危害性和主观恶性均较大,属于共同犯罪中的主犯。

(3)对法院判决之商榷。福建省厦门市中级人民法院在一审判决中判处郭水明和黄荣业死刑,剥夺政治权利终身。福建省高级人民法院在二审判决中改判郭水明为死刑缓期两年执行,剥夺政治权利终身,其原因是郭水明在二审审理过程中具有重大

立功表现。但是笔者较为疑惑的是:本案中,郭水明和黄荣业在共同犯罪中所起的作用是截然不同的。正如上文所述,郭水明在本案中仅实施了居间介绍买卖毒品的行为,其不是贩卖毒品的首谋,不是毒品的最初提供者,也并未从毒品的买卖、运输中获取利润,应当说其主观恶性和社会危害性并不是很大,应属从犯。而黄荣业主观上欲从毒品交易中获利,客观上实施了介绍戚毅雄约郭水明一同商量毒品价格,与戚毅雄共谋采取向买主虚报毒品买入价,而后从郭水明处取得毒品提货单转交给周锡镖,又到厦门取毒资携至广州的行为,在共同犯罪中所起的作用是较大的,应属主犯。依据2000年《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》的规定:"审理毒品共同犯罪案件应当注意正确区分主犯和从犯。在共同犯罪中起意贩毒、为主出资、毒品所有者以及其他起主要作用的是主犯;在共同犯罪中起次要或者辅助作用的是从犯。对于确有证据证明在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,不能因为其他共同犯罪人未归案而不认定为从犯,甚至将其认定为主犯或按主犯处罚。只要认定了从犯,无论主犯是否到案,均应依照并援引刑法关于从犯的规定从轻、减轻或者免除处罚。"但本案中,在共同犯罪中所起作用完全不同的两人判处的刑罚却完全相同,丝毫看不出对于从犯的从轻处罚,很是令人费解。从判决书中可以看出,法院也认同郭水明和黄荣业二人在共同犯罪中所起的作用是不同的,但考虑到"贩卖冰毒达50公斤,数量巨大,社会危害性大,应予严惩",所以对郭水明是从犯的辩护意见不予考虑。据此可以推出,法院在判定犯罪分子在共同犯罪中的地位时,并不仅仅考虑其所起的作用,区别主犯、从犯而予以分别量刑,而是还要考虑本案的涉毒数量大小,社会影响大小,如果本案涉毒数量巨大,则不再对犯罪分子区分主犯、从犯,均予以严惩。这明显是违背我国刑法规定的。我国《刑法》第27条明确规定:"在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。对于从犯,应当从轻、减轻或者免除处罚。"因此在处理具体案件时,法院不宜因为涉案的毒品数量巨大就忽视对被告人责任的区分,就一味陷入从重处罚的误区,这样一方面违背了我国刑法的基本规定,另一方面也直接导致了我国法院对于毒品案件量刑过重,死刑被过度适用的恶果。

总之,在司法实践中,由于毒品犯罪的特殊性,毒品犯罪分子通常会选择相互配合,共同犯罪。因此法院在认定和惩处毒品犯罪分子时,更需注意区分各行为人在共同犯罪中的地位,对主犯和从犯加以区别地量刑,真正达到罪刑均衡,罚当其罪。

七、关于毒品犯罪分子"立功"的认定及其对量刑的影响

毒品犯罪通常具有极强的隐蔽性,因此在司法实践中依靠犯罪分子提供线索、揭发他人毒品犯罪行为是破获毒品案件的一种非常重要的途径。但在现行法律规范中有关立功的规定相当简单,在实际操作中产生了很大的争议,故笔者将在下文中明确犯罪分子立功的成立条件及对其相应的量刑原则。

(一) 关于毒品犯罪分子"立功"的认定

根据我国《刑法》第68条规定:"犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚。"

最高人民法院对于该条款作出了具体的解释。《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(1998年4月6日)(以下简称《解释》)第5条规定:"根据刑法典第六十八条第一款的规定,犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为,包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪,经查证属实;提供侦破其他案件的重要线索,经查证属实;阻止他人犯罪活动;协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯);具有其他有利于国家和社会的突出表现的,应当认为有立功表现。"第6条规定:"共同犯罪案件的犯罪分子到案后,揭发同案犯共同犯罪事实的,可以酌情予以从轻处罚。"第7条规定:"根据刑法典第六十八条第一款的规定,犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为,经查证属实;提供侦破其他重大案件的重要线索,经查证属实;阻止他人重大犯罪活动;协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人(包括同案犯);对国家和社会有其他重大贡献等表现的,应当认定为有重大立功表现。前款所称'重大犯罪'、'重大案件'、'重大犯罪嫌疑人'的标准,一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。"

关于认定被告人协助公安机关抓获同案犯构成立功的问题,《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》(2000年4月4日)(以下简称《纪要》)对此作了更为详细的规定:"认定被告人是否构成该项立功,应当根据被告人在公安机关抓获同案犯中是否确实起到了协助作用。如经被告人当场指认、辨认抓获了同案犯;带领公安人员抓获了同案犯;被告人提供了不为有关机关掌握或者有关机关按照正常工作程序无法掌握的同案犯藏匿的线索,抓获了同案犯等情况,均属于协助司法机关抓获同案犯,应认定为立功。"

1. 关于"立功"成立条件的主要论争及评析

关于立功成立的条件,目前学界根据上文所列的相关法律规定及解释,分别提出了二要件说、三要件说、四要件说。

二要件说认为,立功的成立条件只需具备两个要件即可。其中又有两种不同的观点。一种观点认为,立功要具备的二要件是客观要件与主观要件。客观要件是指立功必须是对国家、社会、人民和政治安定有利的行为,并且在我国法制建设和经济建设方面有突出表现的贡献。主观要件是指主观上必须有真诚悔罪的态度,这是立功的实质

所在。[1] 另一种观点认为,立功要具备主体要件与客观要件。从主体上讲,只能是犯罪分子;从客观方面讲,还必须具备两个条件:一是有揭发他人犯罪行为,并查证属实;二是提供重要线索,从而得以侦破其他案件。[2]

三要件说认为,立功的成立条件包括三个方面的要件。三要件说也有两种不同的观点。第一种认为,立功的成立需要主体要件、时间要件与行为(客观)要件。对主体要件、行为要件的认识学界基本是一致的,即立功的主体必须是犯罪分子,犯罪人有我国刑法规定的立功表现行为。而对时间要件的认识则分歧较大,有人认为立功时间通常在判决裁定生效之前[3];有人认为立功行为发生在犯罪分子实施犯罪行为之后[4];有人认为应将立功时间拓展至到案前。[5] 第二种观点认为,立功的成立需要主体要件、行为要件与实质性结果要件。对主体要件与行为要件的认识与第一种观点基本相同。其实质性结果要件是指向司法机关提供的犯罪情况,必须导致案件的侦破和犯罪人的归案,其他对社会有重大贡献的行为,也必须有实质性成果。[6]

四要件说认为,立功的成立必须具备四个方面的条件。至于是哪四个方面,则不完全一致。有观点认为,立功的成立条件包括:主体要件、时间要件、前提要件与实质要件。对主体要件、实质要件的认识与上面分析的相同,有的把前提要件称为确认要件,其内容都是指立功应当真实、有效。[7] 聚讼的焦点仍然集中在时间条件上,有的认为立功时间始于犯罪成立终于刑罚执行完毕[8];有的认为是"到案至刑罚执行完毕"[9];有的认为是"到案后至判决生效前"[10];有的认为是"始于犯罪预备终于刑罚执行完毕"[11]。另一种观点认为四要件是:主体要件、时间要件、主观方面与客观表现。主体要件与客观表现同上述分析基本相同。其对立功时间的认识不同,认为立功的时间是指立功表现发生的时间:开始时间以"到案"为宜,截止时间,不但包括判决生效前,也包括判决生效以后,既可以发生在侦查、起诉、审判阶段,也可以发生在服刑期间。[12] 认为立功的主观方面,可以是自愿,也可以是经教育后检举、揭发他人犯罪的行为。

---

① 参见于世忠:《立功问题的研究》,载《行政与法》1995 年第 3 期。
② 参见杨敦先主编:《新刑法施行疑难问题研究与适用》,中国检察出版社 1997 年版,第 312 页。
③ 参见赵长青主编:《新编刑法学》,西南师范大学出版社 1997 年版,第 309 页。
④ 参见解玉环:《关于自首和立功的几个问题的探讨》,载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2000 年第 3 期。
⑤ 参见石泽中:《论刑法中的立功》,载《理论学刊》2004 年第 2 期。
⑥ 参见陈荣:《立功问题研究及其立法建议》,载《法律适用》1996 年第 8 期。
⑦ 参见莫洪宪:《论自首和立功》,载《法学评论》1996 年第 2 期。
⑧ 参见姜小川:《刑法学》,中国检察出版社 2000 年版,第 346—347 页。
⑨ 廖森清:《立功的成立条件再探》,载《人民检察》2001 年第 6 期。
⑩ 邵维国:《论立功》载《吉林大学社会科学学报》1999 年第 5 期。
⑪ 莫洪宪:《论自首和立功》,载《法学评论》1996 年第 2 期。
⑫ 参见郭书山:《立功制度若干问题研究》,载《河南公安高等专科学校学报》2004 年第 4 期。

以上几种观点从不同的角度对立功的成立要件进行了分析界定,有可取之处,也有其局限性。"二要件说"无论是第一种观点还是第二种观点,均强调客观方面是立功的要件之一,笔者比较赞同。正所谓无行为则无犯罪,无具体的立功行为也就谈不上立功。但是,比较其他观点,"二要件说"过于简单,其忽视了时间要件,导致立功的范围实际上并未得到明确界定。三要件说的第一种观点提出了时间要件,弥补了"二要件说"的重大缺陷,有其合理的一面。但是,该说没有明确结果性要件,忽视了法律规定中所强调的"揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件"的结果性要求,不符合法律的规定。"三要件说"的第二种观点则是忽视了时间要件。"四要件说"涵盖了立功认定中所要把握的主要方面,相对较为全面。但第一种观点时间范围的界定争议较大,并未得出关于时间要件的较为统一的看法;第二种观点则是没有强调立功成立的有效性要件。因此,笔者想在现有研究成果的基础上对立功成立的条件,认真总结并进一步思考。

2. 笔者的观点

在对犯罪分子的立功成立条件做进一步思考之前,笔者首先想要强调的是:第一,本文所提及的立功是量刑制度中的立功,而不是刑罚执行制度中的立功。第二,对立功条件的分析归纳必须要源于法律的规定,忠于法律的规定。基于此,笔者试将立功条件归纳如下:

(1) 主体条件。立功的主体仅能是犯罪分子。这正是刑法中的立功区别于日常所言的荣立一等功、二等功的所在。这点在上述学说中均已提及,本文不多赘述。

(2) 时间条件。在上述学说简介中可看出立功成立的时间是最富争议的问题。所谓名不正则言不顺。在界定立功成立的时间条件时,我们首先要弄清楚立功成立的时间是指什么,然后才能准确地界定其时间范围。所谓"立功成立的时间是指立功表现发生的时间,或者说是立功行为实施的时间,不是指立功行为被有关机关或部门确认的时间。"①关于立功的起始时间,有人主张把它"拓展至到案前"②,有人主张"始于犯罪预备"③,还有学者主张"始于到案"。④ 笔者认为,首先,将立功的起始时间拓展至案前并不符合我国刑法理论框架。根据我国刑法规定,若行为人尚未实施犯罪行为,行为人就不具有刑法上"犯罪分子"的身份,不具备犯罪分子身份的人实施了揭发犯罪或协助抓捕的行为并不能构成刑法中"立功"。也即"案前"的行为并不构成立功,若行为人在案前确实实施了揭发犯罪或协助抓捕犯罪分子的行为,也可作为对行为人主观恶性评判的根据,从而减轻刑罚。因此,不将"案前的立功行为"纳入立功的范畴之内,

① 高铭暄、彭凤莲:《论立功的成立条件》,载《北京师范大学学报》2006 年第 5 期。

② 石泽中:《论刑法中立功》,载《理论月刊》2004 年第 2 期。

③ 莫洪宪:《论自首和立功》,载《法学评论》1996 年第 2 期。

④ 廖森清:《立功的成立条件再探》,载《人民检察》2001 年第 6 期。

并不会必然造成刑罚过重。其次,将立功的起始时间延至“到案”后,笔者认为也不妥。持该观点的学者通常会提及《解释》第5条:“根据刑法典第六十八条第一款的规定,犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为,应当认定为有立功表现。”这里的“到案”包括两种情况:一是指被动归案,既可以是司法机关对犯罪人采取讯问、拘留、逮捕等侦查、强制措施使犯罪分子被动归案,也可以是群众扭送的被动归案;二是指犯罪分子自动投案。但笔者认为该解释存在一定商榷余地:第一,若犯罪分子在实施犯罪后至到案前实施了《刑法》第68条所规定的立功行为,此时是否应将其行为作为立功行为而予以对待。若不将此行为作为法定的从宽处罚情节考虑,是否对犯罪分子不公,是否不利于鼓励犯罪分子积极立功。第二,《刑法》第68条第2款规定:“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚。”刑法中的用语是“犯罪后”,而解释中的用语则被替换为“到案后”这是否不合法地缩小了“犯罪后”的真实含义。《刑法》第68条的用语是“犯罪后”,基于此,笔者认为立功成立的起始时间就应是“犯罪后”,即犯罪成立之日。换言之,如果是依法应追究刑事责任的预备犯,那么预备犯的成立之日即是犯罪之日。

关于立功的截止时间,有人主张“终于刑罚执行完毕”①,有人主张“至判决生效前”②。第一种观点,很明显把量刑制度的立功与减刑制度的立功混为一谈了。第二种观点则忽视了裁定。因为在我国生效的裁判除了判决外,还有裁定,裁定同样是结案的一种法定方式。

根据以上分析,笔者认为把立功的时间跨度界定为“从犯罪成立之后至裁判生效前”的时间段是最为适宜的。

(3)行为条件。即犯罪分子必须实施了《刑法》第68条和《解释》第5条的行为。具体而言,立功行为包括以下几种:

第一,检举、揭发他人犯罪行为。包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪。“他人犯罪行为”是指立功者自己的犯罪行为之外的犯罪行为,所以他人对立功者实施的犯罪行为也应包括在内。

第二,提供侦破其他案件的重要线索。“其他案件”是指不是立功者自己单独实施的以及共同实施的犯罪案件。“重要线索”是指其提供的能够据以侦破其他案件的相关信息,例如犯罪的时间、地点、犯罪行为、犯罪人、被害人等基本情况。

第三,阻止他人犯罪活动。阻止他人犯罪的行为可以多种多样,既可以是语言表示,也可以是其他行为;既可以是亲自实施,也可以是借助其他人员或单位实施。

第四,协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人,包括同案犯。所谓协助是指以实际

---

① 莫洪宪:《论自首和立功》,载《法学评论》1996年第2期。

② 邵维国:《论立功》,载《吉林大学社会科学学报》1999年第5期。

行动配合司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)的行为。如诱捕、指认犯罪嫌疑人、提供犯罪嫌疑人可能藏匿地点或引导侦查人员到犯罪嫌疑人藏匿地点抓捕等。

第五,具有其他有利于国家和社会的突出表现的行为。《解释》的这一规定颇具概括性,因此这第五种概括性的规定是否也应该与犯罪相关也成为了学者们的一个争议焦点。笔者认为,立法者在设立量刑制度的立功时,其立法原意是与减刑制度的立功是相一致的,即为了鼓励犯罪行为人实施有利于国家和社会的行为,以减轻自己的罪责,获得司法机关的宽大处理。所以在探求量刑制度的立功时我们不妨也参考一下减刑制度的相关规定。《刑法》第78条第1款在列举“重大立功”作为减刑的适用条件时,其第6款就是“对国家和社会有其他重大贡献的”;1997年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)第1条第3款在解释立功表现时,在具体列举之后也用了“有其他有利于国家和社会的突出事迹的”表达方式。而在《刑法》第78条的具体列举中也举了“有发明创造或者重大技术革新的在日常生产、生活中舍己救人的、在抗拒自然灾害或者排除重大事故中,有突出表现”的几种情形,在《规定》的具体列举中也有“在生产、科研中进行技术革新,成绩突出的,在抢险救灾或者排除重大事故中表现积极”的情形。

(4)有效性条件。这是立功是否成立的关键性条件。

根据《解释》规定,检举、揭发他人犯罪行为,包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪,要“经查证属实”。

提供侦破其他案件的重要线索,要“经查证属实”。相对于《刑法》第68条规定的“得以侦破其他案件”,《解释》明显对其作了缩小解释。因为查证属实比侦破案件的要求低,它不需要以犯罪嫌疑人归案作为必要条件。因此《解释》的规定显然有利于有立功表现的犯罪分子,是较为适宜的。

阻止他人犯罪活动,要有效地使犯罪活动停止。如劝说他人停止犯罪活动,但未能使犯罪活动停止的,不能认定为立功。至于“他人犯罪活动”是否必须经过法院判决并认定为有罪,笔者认为则大可不必。因为犯罪行为经法院判决并认定为有罪,均经比较长的一段时间。若要求立功的条件之一必须是阻止他人的犯罪行为已经法院判决并认定有罪,司法实践中是不可行的。

协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯),要能捕获该犯罪嫌疑人。同上文所述,只要行为人协助司法机关抓获了犯罪嫌疑人,无论该犯罪嫌疑人最后是否被定罪判刑,均不影响对协助者立功行为的认定。

对“具有其他有利于国家和社会的突出表现的”,尽管《解释》没有规定“经查证属实”的要求,但毫无疑问也是需要经过调查确认的,并不是依据犯罪分子自己所言就能确认的。

其次，我们需要确定的便是认定的主体。上述行为均需要“查证属实”，对于此查证主体，学者们也有所争论。有学者认为应该以检察院为主，公安机关协助，由审判机关通过程序性审查作最终的确认。因为：其一，检察机关与侦查机关关系密切，对侦查机关的工作情况也特别了解，同时检察机关根据法律的规定可以提前介入侦查机关的工作。其二，检察机关依法会对全案进行审查，对犯罪嫌疑人的立功行为进行全面的审查和分析，以做到最为公正的认定。其三，检察机关有对犯罪嫌疑人提起诉讼的职责，在将其起诉到法院时检察机关会根据自己认定被告人有立功情节要求审判机关在判处刑罚时作出从轻或减轻处罚的判决。① 但笔者认为立功行为的有效性关系到行为人的刑罚轻重，是与裁判权密不可分的。由此可见其确认权仍在于法院，而检察院不过具有建议权而已。

（二）关于本案罪犯的立功及其量刑的分析

毒品犯罪较其他犯罪而言具有较为特殊的特点：隐蔽性强。毒品犯罪分子通常都是集团作案，单线联系，从而导致这类案件的破获在很大程度上是依赖于犯罪分子的立功表现的。因此我们应当在毒品案件中谨慎判断、处理犯罪分子的立功表现，鼓励犯罪分子积极提供破案线索。但是，在本案中，我们发现法院在处理毒品犯罪分子郭水明过程中出现了一些问题。

1. 郭水明立功情况及二审法院判决简介

郭水明等贩卖毒品一案在二审期间，郭水明具函向侦查机关检举他人贩毒线索，并通过侦查人员通讯工具联系其表弟李振华，要求李振华协助检举。据此，厦门公安边防分局破获了“2002.7.15”特大走私、贩卖、运输毒品案（涉案毒品超过50公斤），抓获了毒贩张志宪等4人。该案经一审、二审，认定涉案人员构成贩毒案，并判处死刑1人，死缓2人，15年有期徒刑1人，其中第一被告人张志宪（台湾高雄人）经最高人民法院核准，由厦门市中级人民法院于2003年6月25日执行死刑。上述事实有厦门公安局边防分局于2002年10月9日出具“关于郭水明检举揭发的情况说明”及郭水明检举材料、讯问笔录、李振华接谈笔录、“2002.7.15”特大贩毒案审查情况等证实。

在二审判决书中，法院认定“二审期间，上诉人郭水明检举他人贩卖毒品犯罪，具有重大立功表现，对其判处死刑，可不予立即执行。”依据《中华人民共和国刑法》第347条第2款第1项、第68条第1款之规定，判处其“犯贩卖毒品罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。”

2. 笔者的观点

（1）郭水明的行为属于立功，并属于重大立功。根据前文所列之立功成立条件，第一，郭水明涉嫌贩卖毒品的犯罪，其身份属于犯罪分子，符合了立功的主体要件。第

① 赵丹：《试述立功在司法实践中的界定》，载《检察实践》2003年第2期。

二,郭水明检举他人贩卖毒品犯罪的行为是发生在二审期间内的,符合了时间要件之“从犯罪成立之后至裁判生效前”。第三,郭水明具函向侦查机关检举张志宪贩毒线索,从而使得厦门公安局边防分局得以侦破“2002. 7. 15”特大贩毒案,其行为符合“提供侦破其他案件的重要线索”这一行为要件。第四,郭水明提供线索所侦破的“2002. 7. 15”特大贩毒案已经一审、二审,认定涉案人员构成贩毒罪,并判处死刑 1 人,死缓 2 人,15 年有期徒刑 1 人,符合了成立要件之有效性要件,故郭水明的行为属于立功。并且,根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定,提供其他重大案件的重大线索,属于重大立功,重大案件是属于可能判处无期徒刑以上刑罚的案件。“2002. 7. 15”特大贩毒案,涉案数额达 20 公斤冰毒,抓获涉案人员 4 人,1 人被判处死刑,2 人被判处死缓,1 人被判处 15 年有期徒刑,显然属于重大案件,因而,郭水明的立功属于重大立功。

(2) 应当对有重大立功表现的郭水明减轻处罚。根据《刑法》第 68 条之规定:“犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。”郭水明有重大立功表现,因此依法“可以从轻或者免除处罚。”结合本案的具体情况,对郭水明适用“免除处罚”显然失之过宽而不现实,那么就应依法对郭水明“可以从轻处罚”。此外,笔者想要强调的是,刑法之所以规定立功条款,一方面是希望法院对一些确有悔过表现的犯罪人从轻或减轻处罚,从而实现刑罚的宽缓化;另一方面也是为了鼓励犯罪人积极提供线索,协助公安机关破案,更好地维护社会的稳定。笔者认为,毒品犯罪作为一种特殊的犯罪,相较于世界上其他一些国家,我国的刑法处刑本身已有些过于严苛,故法院在具体量刑时应当适当考虑予以宽缓。例如对有重大立功表现的犯罪分子都应当予以从轻处罚。此外,正如上文所述,毒品犯罪有着极强的隐蔽性,这类案件的侦破几乎都是依赖于“圈内人”所提供的线索的。如果我们对于犯罪分子的立功表现认定得过于严格,一味对有重大立功表现的犯罪分子强调“可以”而非“应当”,是否也会挫伤犯罪分子的立功积极性呢?因此,笔者建议对于毒品案件,有重大立功表现的犯罪分子都“应当对其减轻或免除处罚”。一方面可以有效地降低对毒品犯罪分子的死刑适用率,逐步实现对毒品犯罪死刑的限制甚至禁止;另一方面也可以大大刺激犯罪分子立功的积极性,从而提高毒品案件的破案率。

(3) 对二审法院判决之疑惑。福建省高级人民法院在二审判决书中认定“二审期间,上诉人郭水明检举他人贩卖毒品犯罪,具有重大立功表现”,并且也作出了“减轻处罚”的决定。因为,一审判决书中判定“郭水明犯贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产”,二审判决书中却提出“其具有重大立功表现,对其判处死刑,可不予立即执行。”可见二审法院在对郭水明量刑时考虑到了其具有重大立功表现,决定“可以对其减轻处罚”,将“死刑立即执行”改判为“死刑缓期二年执行”。但

是,根据我国《刑法》第 63 条第 1 款的规定“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。”简言之,“减轻处罚”即“应当在法定刑以下判处刑罚”。郭水明所犯的贩卖毒品罪,根据刑法典第 347 条第 1 款之规定:“走私、贩卖运输、制造毒品,有下列情形之一的,处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处没收财产:(一)走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上的、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的”,即郭水明的法定刑是“十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑”,对其依法适用“减轻处罚”即应低于“十五年有期徒刑”予以处罚。但如上所述,二审法院一方面认定郭水明具有重大立功表现,并决定对其“减轻处罚”;另一方面又对其在法定刑之内量刑,其判决颇值得我们商榷。探究法院之本意,其实不难理解。郭水明的行为确实属于重大立功,于情于理于法都应对其“减轻处罚”。但若按刑法之“减轻处罚”的规定,郭水明被判处 15 年以下有期徒刑又未免失之过宽,不利于打击毒品犯罪,因此,不得不作出这个看似前后矛盾的判决。对此,笔者认为,导致这种情况的原因在于我国刑法对于毒品犯罪的规定过于宽泛,15 年有期徒刑、无期徒刑和死刑之间的刑罚间距过于巨大,一方面会导致法院在判决时无法有效地对不同危害程度的犯罪予以区别对待,而一味地适用死刑,导致死刑的滥用;另一方面也会导致法院在对有重大立功表现的犯罪分子量刑时畏首畏尾,难以作出既符合法律规定又不至于过于放纵犯罪的裁判。

八、结语

笔者从刑法学、犯罪学的角度对毒品犯罪适用死刑的正当性进行了反思,还对毒品犯罪的量刑、共同犯罪的量刑及适用死刑的问题提出了自己的看法。并得出以下结论:

(一)对毒品犯罪适用死刑缺乏正当性。作为一种非暴力犯罪,无被告人的犯罪,贪利型犯罪,对其适用死刑违背报应主义,功利主义。作为一种主观恶性较小,社会危害性较小的犯罪,对其适用死刑也不符合刑法对于死刑适用条件的基本规定。作为一种国际常见犯罪,对其适用死刑也不符合国际社会通行的惯例。

(二)居间介绍买卖毒品的行为属于贩卖毒品的共同犯罪行为。但在案件的具体量刑时,应当根据行为人的主观恶性、其在共同犯罪中所起的作用等正确区分主犯和从犯,并对主犯和从犯在量刑时予以区别对待。避免出现本案中法院对于主犯和从犯不加区分,一律严惩的问题。

(三)立功的成立条件应当包括主体要件、时间要件、行为要件和有效性要件。刑法典对于重大立功的规定过于粗疏,存在一定问题。因此导致福建省高级人民法院对本案的犯罪分子量刑时过于严苛。建议将此条款修改为“有重大立功表现的,应当从轻、减轻或者免除处罚。”

附录一

福建省厦门市中级人民法院刑事判决书

(2001)厦刑初字第132号

公诉机关:厦门市人民检察院。

被告人郭水明,别名"阿国",男,43岁,1958年1月22日生于广东番禺,汉族,初中文化,商人,住香港新界运头塘村运临楼2626号。2001年2月14日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年3月20日被依法逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人黄永盛、郑剑云,厦门联合信实律师事务所律师。

被告人黄荣业,男,42岁,1959年9月5日生于香港,汉族,小学文化,货车司机,家住香港九龙湾启业村启邦阁16楼8号。2001年2月14日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年3月20日被依法逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人卢启龙,厦门天翼律师事务所律师。

辩护人陈建明,厦门兴天地律师事务所律师。

被告人戚毅雄,男,54岁,1947年9月8日生于广东省台山县,汉族,初中文化,无业,住香港佐敦道39号9楼C室,暂住广州大道好景中心2702室。2001年2月14日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年3月20日被依法逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人辛仲文,厦门首嘉律师事务所律师。

辩护人丁一元,广东环球经纬律师事务所律师。

被告人周锡镖,男,40岁,1960年11月出生于台湾省高雄市,汉族,高中文化,商人,住高雄市前金区光复二街32巷4号,暂住浙江省温州市温富大厦407室,2001年2月13日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年3月20日被依法逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人毕文胜、陆冬华,北京嘉维律师事务所律师。

被告人张松荣,绰号"副座",男,52岁,1949年8月20日出生于台湾省台南县,汉族,大专文化,商人,住台湾省高雄市前镇区瑞祥街4巷16-2号,暂住厦门市长城宾馆218房。2001年2月12日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年3月20日被依法逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人吕金朝、郑国扬,厦门今朝律师事务所律师。

被告人陈麒祥,又名陈奕达、"阿达",男28岁,1972年10月23日出生于台湾省宜兰县,汉族,初中文化,无业,住台湾省宜兰县南宜二路22之4号5楼,暂住厦门市湖里区江浦北里26号楼402室。2001年2月13日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年3月

20 日被依法逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人许锦聪、刘演习,厦门嘉禾嘉律师事务所律师。

被告人李锦富,绰号"豆腐",曾化名"古少鹏",男 37 岁,1964 年 7 月 16 日出生于台湾省屏东县,汉族,高中文化,货车司机,住台湾省屏东县万恋乡万和村南进路 138 号,暂住厦门市湖里区江浦北里 26 号楼 402 室。2001 年 2 月 13 日因涉嫌贩卖毒品被刑事拘留,同年 3 月 20 日被依法逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人纪亚赞、董荣裕,厦门恒丰泰律师事务所律师。

厦门市人民检察院以厦检起诉(2001)070 号起诉书指控被告人郭水明、黄荣业犯贩卖毒品罪、被告人戚毅雄、周锡镖、张松荣、陈麒祥犯走私毒品罪、被告人李锦富犯转移、窝藏毒品罪,于 2001 年 6 月 7 日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。厦门市人民检察院指派检察员杨毅、薛长坚出庭支持公诉。被告人郭水明、黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣、陈麒祥、李锦富及其辩护人均到庭参加诉讼。现已审理终结。

起诉指控,2001 年 1 月间,台湾籍毒贩"辛董"、"阿昌"、"眼镜李"(均另案处理)分别与被告人周锡镖、张松荣、戚毅雄策划走私冰毒事宜,经商议,决定安排由被告人戚毅雄负责到广州联系冰毒货源,并伙同被告人张松荣利用其做碳酸钡出口到台湾之机,用集装箱从厦门夹带冰毒到台湾。之后,被告人周锡镖、张松荣前往厦门,被告人戚毅雄前往广州着手联系冰毒购买、运输事宜。此外,被告人张松荣还特地将其外甥蔡某慧从台湾带至厦门,在禾山镇后坑一仓库对集装箱进行改装,拟在时机成熟时用集装箱夹层运送出境。

被告人戚毅雄抵达广州后,通过被告人黄荣业介绍,二被告人一起找到被告人郭水明,商定以每公斤冰毒 2.15 万港元的价格购买冰毒 100 公斤,但被告人戚毅雄给"阿昌"的报价是每公斤冰毒 2.3 万港元。被告人戚毅雄、黄荣业拟从中赚钱每公斤 1 500 港元的差价。而后被告人郭水明找到毒品货主林华明(另案处理)安排发货事宜。2 月 6 日,林华明指使"阿强"(另案处理)以"五金零件"的名义用快件托运形式通过"福运通货物快速运输官司"将第一批 50 公斤冰毒从广州发往厦门后,将该毒品的提货单交给被告人郭水明。当晚,被告人郭水明在广州三元里将提货单交给被告人黄荣业、戚毅雄,并亲自驾车将戚、黄二被告人送到广州白云机场。戚、黄二被告人随即乘机到厦门与被告人周锡镖会合,并将提货单交给被告人周锡镖。

2000 年 2 月 7 日上午,经事先电话联系,被告人张松荣带被告人陈麒祥、李锦富到厦门市湖滨东路 41 号"福运通货物快速运输公司"取货点与被告人周锡镖再次会合。而被告人戚毅雄则根据"阿昌"安排,从厦门直接飞往香港,找一吴姓台湾人领取 145 万港币的毒资。在提货点,被告人周锡镖将提货单交给被告人陈麒祥,由被告人陈麒祥、李锦富将 50 公斤冰毒提出并雇一部闽 D-10669 蓝色货车运至厦门市湖里区江浦北

里26号楼402室被告人陈麒祥的租住处藏匿。当日中午,张松荣、周锡镖、陈麒祥、李锦富四被告人在毒品藏匿点对50公斤冰毒进行清点验货。后由被告人陈麒祥、李锦富用四个行李袋重新包装。2月10日晚,被告人陈麒祥、李锦富按照张松荣的电话指使,经多次转移后,将冰毒藏匿于厦门市开元区莲富大厦18楼H室临时租住处。

2月7日中午对冰毒检验完后,被告人张松荣将在台湾"眼镜李"交付的38万港币毒资交由被告人周锡镖,当日下午5时30分,被告人周锡镖与被告人黄荣业一同乘机前往广州,准备安排下一批冰毒发货事宜。当晚被告人周锡镖、黄荣业、戚毅雄聚集在广州流花宾馆,被告人周锡镖、戚毅雄将毒资共183万港币、2万美元交到被告人黄荣业手中。被告人黄荣业、戚毅雄当晚从广州流花宾馆出来后,经与被告人郭水明电话联系,三人碰面后,被告人黄荣业将上述毒资如数交给被告人郭水明。

2月11日、12日,上述被告人分别在广州、泉州、厦门等地被公安机关抓获,2月12日,厦门市公安局在厦门莲富大厦18楼H室缴获冰毒50公斤。经鉴定,含有甲基苯丙胺成分。

为支持指控,公诉人宣读了七被告人在侦查、起诉阶段的供述、辨认笔录及证人蔡某慧、邱某华、叶某达、周某、吴某彬、庄某盛、王某波、周某华、林某、胡某兵的证词、宣读了公安机关出具的各被告人的抓获经过说明,出示了对案发现场及各被告人住处的搜查笔录及扣押物品清单、取赃笔录、检验报告、毒品移交清单及收条、有关照片及托运凭证、被告人住宿酒店的登记表等相关书证。据此,起诉认为,被告人郭水明、黄荣业的行为构成贩卖毒品罪。被告人戚毅雄、周锡镖、张松荣、陈麒祥的行为构成走私毒品罪。被告人李锦富的行为构成窝藏、转移毒品罪。本案的贩卖、走私毒品犯罪系共同犯罪。被告人陈麒祥在共同犯罪中系从犯。被告人张松荣协助公安机关抓获同案犯,有立功表现。现提请本院依法分别惩处。

被告人郭水明对指控的犯罪事实予以否认,认为其并没有参与毒品交易,没有与黄荣业、戚毅雄及毒品的货主联系毒品买卖事宜,没有收取毒资,也不知道其所转交的货单系毒品的提单,其原来在侦查阶段的供述均是被刑讯逼供,是不真实的。其辩护人为其辩护称,指控郭水明犯贩卖毒品罪的事实不清,证据不足,即使依照郭的口供定案,郭既非货主,又非买主,在共同犯罪中系从犯,应从轻处罚。

被告人黄荣业辩称,其行为均是听从戚毅雄的指挥,作用比戚小,且只起中介作用,对指控其与戚二人欲赚取差价的部分提出异议,认为只是赚取介绍费,而非提价从中赚取利润。其辩护人辩护认为,指控黄与戚欲共同从本案的毒品交易中赚取差价不当,黄所图的只是戚所许诺的"红包"。而黄荣业在本案中所起的主要是居间介绍和联络作用,其行为完全受戚毅雄的支配和指使,系本案的从犯。请求从轻处罚。

被告人戚毅雄辩称,其行为是介绍买卖毒品,而非走私毒品。其辩护人辩护认为,无证据证明戚有参与走私毒品的共谋,亦无实际的走私毒品行为,指控其犯走私毒品

罪属定罪不当,戚的行为构成窝藏、转移毒品毒赃罪。且在本案的共同犯罪中属从犯,应从轻处罚。

被告人周锡镖对指控的事实及定性基本不持异议。但辩称其系受台湾毒贩的指使,而非共谋。其辩护人辩护认为,周锡镖所参与的走私毒品犯罪系未遂,且周在本案中的行为均系受人指使,系从犯,请求从轻处罚。

被告人张松荣辩称其无参与毒品犯罪的策划,并不知道本案所涉及的物品是毒品,没有毒品犯罪的故意,故不构成走私毒品罪。其辩护人为其辩护认为,本案的走私毒品犯罪系未遂,张松荣在共同犯罪中系从犯,且有立功表现,请求从轻、减轻处罚。

被告人陈麒祥对指控的定性提出异议,认为其并不明知其他被告人走私毒品的行为,其所实施的行为应认定为窝藏、转移毒品罪。其辩护人以相同理由为其辩护,并认为陈在本案所起的作用较小,主观恶性轻,请求从轻或减轻处罚。

被告人李锦富对指控的事实及定性均无异议。其辩护人认为李在本案中所实施的窝藏转移毒品的行为在性质上属帮助犯,其行为的主观恶性及客观危害性均较轻,请求在有期徒刑三年以下的量刑幅度内从轻处罚。

经审理查明,2001 年元月间,被告人周锡镖、张松荣、戚毅雄分别接受台湾籍毒贩"辛董"、"眼镜李"、"阿昌"的指派,分赴大陆并相互取得联系,准备共同配合完成从大陆购买冰毒,然后走私到台湾的行为。根据安排,被告人戚毅雄负责到广州联系购买冰毒,将货交到周锡镖手上,并将毒资交给货主,被告人周锡镖则为主负责将冰毒从广州运送到厦,收集毒资并交给戚,而被告人张松荣负责在厦提货、付款,并利用其做碳酸钡出口台湾之机,用集装箱从厦门夹带冰毒到台湾。

元月份,被告人戚毅雄接受"阿昌"的指令后,即让被告人黄荣业介绍冰毒货源,黄找到被告人郭水明,郭表示可以提供冰毒,2 月初,被告人戚毅雄来到广州,与被告人黄荣业一起同被告人郭水明商定以每公斤冰毒 2.15 万港元的价格购买 100 公斤冰毒,同时,戚、黄二被告人向"阿昌"虚报价格为每公斤 2.3 万港元,二人拟从中赚取每公斤 1 500 港元的差价。2 月 4 日,被告人周锡镖受"辛董"指使,到广州与戚、黄二被告人商定运输事宜,并叫被告人黄荣业与邱某华(另案处理)去制作了一张名为"洪中奇"的假身份证,而后被告人黄荣业将"洪中奇"这一假名告知被告人郭水明。被告人郭水明即安排他人于 2 月 6 日通过"福运通货物快速运输公司"将第一批 50 公斤冰毒以"五金零件"的名义从广州发往厦门,收货人为"洪中奇"。该批货物的提货单则由郭水明于当日下午在广州三元里交给被告人黄荣业、戚毅雄。黄、戚二被告人随即乘机到厦门与已先行回厦的被告人周锡镖会合,并将提货单交给被告人周锡镖。当晚,被告人周锡镖、黄荣业、戚毅雄三人到本市湖滨东路 41 号"福运通货物快速运输公司"提货点踩点,为第二天的提货作准备。

2 月 7 日上午,经电话联系后,被告人张松荣让被告人陈麒祥帮忙领货,被告人陈

麒祥又叫朋友被告人李锦富一起前往，到该提货点附近找到被告人周锡镖，周即将该提货单及“洪中奇”身份证交给被告人张松荣，在张的指挥下，陈、李二被告人按张的要求将50公斤冰毒领出并雇了一部小货车（车号闽D-10669）将冰毒运至本市湖里区江浦北里26号楼402室被告人陈麒祥的租住处。张、周二人随后赶至该处并让陈、李二被告人一起对50公斤冰毒进行清点验货，陈、李二被告人在得知该批货物为毒品后，仍按张松荣的要求用四个行李袋重新分装。被告人周锡镖、张松荣验收完毕后，即一同到本市鑫安宾馆，被告人张松荣在其住的房间被将“眼镜李”在台湾交给其的38万港元的毒资交给被告人周锡镖。周锡镖将该款交给被告人黄荣业，自己再携带“辛董”在台湾托其携带入境的2万美元，与黄荣业一起于7日下午5时30分乘机飞往广州，准备下一批冰毒的发货事宜。而被告人戚毅雄已于7日上午按照“阿昌”的安排飞往香港取得毒资共计145万港元回到广州。

2月7日晚，被告人周锡镖、戚毅雄、黄荣业在广州流花宾馆碰头，将共计港币183万元及美元2万元的毒资款汇齐交与被告人黄荣业，之后，被告人黄荣业、戚毅雄约见郭水明并将上述毒资款交给郭水明。

2月8日，按照被告人张松荣的电话指使，被告人陈麒祥、李锦富将涉案的50公斤冰毒在本市内数度转移，后于2月10日，由张松荣出资，被告人陈麒祥、李锦富租下本市莲富大厦18楼H座，并于当晚将毒品藏匿于该租住处。

2月11日、12日，上述被告人分别在广州、泉州、厦门等地被公安机关抓获，2月12日，厦门市公安局在本市莲富大厦18楼H座缴获冰毒50公斤。经鉴定，含有甲基苯丙胺成分。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

(1) 刑事案件立、破案报告表及各被告人的抓获经过说明，证实案发经过及各被告人的归案经过。

(2) 被告人郭水明的供述，供称其于2001年2月份，经黄荣业、戚毅雄联系，并商定价格，于2月6日通过他人将50公斤冰毒从广州托运到厦门，当日下午，将提货单交给黄、戚二被告人，2月7日晚，收到黄付给的100多万港元及2万美元的事实。

(3) 被告人黄荣业的供述及辨认笔录，供称其于2001年2月份，介绍戚毅雄向郭水明购买冰毒100公斤，并与戚一起向买方周锡镖与卖方郭水明谈价，欲共同从中赚取每公斤冰毒1 500港元的差价。2月6日，黄与戚一起将郭拿来的毒品的提货单送到厦门，并于次日提货后，与周一起将毒资港币38万元及美元2万元送至广州，汇集戚从香港取回的145万港元后，将全部毒资款交给郭水明的事实。黄荣业入住厦门宏都大饭店的登记表，与其供述相印证。

(4) 被告人戚毅雄的供述及辨认笔录，供称其于2000年底受“阿昌”委托寻找冰毒货源，后得知黄荣业能买到货。2月初，其到广州与黄一起跟郭水明谈定毒品买入价

为每公斤2.15万港元,后其向“阿昌”报价为每公斤2.3万港币,其间的差价欲与黄平分。2月6日,与周在广州谈定运输事宜,并于当日下午与黄荣业一起从郭水明手中拿到提货单后飞至厦门交给周锡镖,7日上午,受“阿昌”指使飞回香港取到145万港元,下午在广州流花宾馆交给黄荣业。

(5)被告人周锡镖的供述及辨认笔录,供称其于2001年2月,接受“辛董”的指派,来厦与张松荣取得联系,准备为冰毒办理运输及付款事宜。其叫上旧友邱某华帮忙。2月6日,其在广州流花宾馆与戚、黄二人谈运货一事,并叫邱与黄去办了一张名为“洪中奇”的假身份证。当日晚上,其在厦门拿到戚、黄二人送来的提货单。2月7日上午,其与张松荣约在提货点对面见面,并将提货单及假身份证交给张,张叫陈麒祥、李锦富提出毒品后,其与张同往毒品的放置处,连同陈、李二被告人一起对毒品验收。之后,跟随张到鑫安宾馆取到38万元港币的毒资,连同“辛董”托其携带的2万美元毒资交给黄荣业,并与黄一起于当日下午携此二笔毒资往广州,并准备第二批毒品的发货事宜。当晚在广州流花宾馆与戚从香港取回的145万港元汇集为共计港币183万,美元2万的毒资,均由黄、戚二人带走。周锡镖在厦门尚豪酒店、宏都饭店、广州流花宾馆、招商宾馆的登记表,与其供述相印证。

(6)被告人张松荣的供称及辨认笔录,供称其于2001年元月,受“眼镜李”的指派,来厦门与周锡镖取得联系,欲为李夹带冰毒到台湾。在厦曾指使外甥蔡文慧在后坑仓库试图改装集装箱,在箱内增加夹层以便夹带。2月7日上午,在湖滨东路提货点对面,周将提货单交给自己,陈、李二人凭该单将货提到陈在江头的暂住处后,自己与周一起往该处,连同陈、李共四人对毒品进行了清点。之后,回鑫安宾馆将“眼镜李”托付的38万港元的毒资交给周锡镖。2月8日,指使陈麒祥将毒品转移并给陈8000元人民币用于租房存放毒品。

(7)被告人陈麒祥的供述及辨认笔录,供称张松荣于2001年元月叫其帮忙做事,其又叫上李锦富。2月7日上午,其与李随同张来到湖滨东路提货点将50公斤冰毒提出并运到自己位于江头的暂住处,在与张、周、李一起对毒品进行清点后,其与李将二个木箱的毒品进行了分装。8日上午,受张松荣指使,其与李二人将毒品转移至女友周蕾位于电业花园的住处,因怕不安全,又于9日将毒品取回自己的住处。后向张松荣拿钱租下莲富大厦18楼H座用于存放毒品。

(8)被告人李锦富的供述及辨认笔录,供认其跟随陈麒祥提取毒品、分装并转移毒品的经过。

(9)涉案毒品的提货单及货运交接清单,证实该批毒品是以五金的名义,于2月6日,通过福运通货物代理服务部从广州运至厦门,托运人的电话为13610176851,收货人为洪中奇,电话为13666067538,货到厦门后,已被持洪中奇身份证的人提取。

(10)姓名为“洪中奇”的假身份证;与证人邱某华的证词相印证,证实该身份证是

通过邱办理的，证上的相片为邱的相片。

(11) 证人邱某华的证词及辨认笔录，证实其应周锡镖的请求，随同周参与到本案的事实，其证词印证了本案毒品交易的全过程，同时证实名为“洪中奇”的假身份证是其受周的指使，与黄荣业一起找人制作的。

(12) 证人周某华的证词及辨认笔录，证实其于2001年2月7日上午受陈麒祥、李锦富所雇，驾驶闽D-10669号小货车至湖滨东路41号福运通快运公司的提货点，等陈、李二人提出两木箱的货后，与该二人一起将货运至江浦北里一宿舍楼下的事实。

(13) 证人王某波的证词，证实其与陈麒祥同居于江浦北里26号楼402室，李锦富亦同住的事实。

(14) 证人吴某彬的证词，证实其将江浦北里26号楼402室出租给王某波(陈麒祥的同居者)，并在该室见过陈麒祥及李锦富的事实。

(15) 证人蔡某慧的证词及辨认笔录，证实其被其舅张松荣于2月2日以修补货柜为名带到厦门，并曾在张租赁的后坑仓库内作过焊接铁板的工作。

(16) 证人叶某华的证词，证实其于2001年1月中旬，为张松荣购买碳酸钡及租仓库的经过。

(17) 证人林某的证词及辨认笔录，证实张松荣于2月5日向其要求租一集装箱欲出口碳酸钡到台湾，并委托其公司代理货运事宜，2月9日上午，其应张的要求，通知厦门交通运输公司将一集装箱运到后坑一仓库，当日下午，张还约其吃饭，向其了解货物出口报关的程序。

(18) 证人胡某兵的证词，与证人林某的证词相印证，证实涉案的集装箱货柜是由其拉到后坑一仓库的，给其带路的是一个50余岁的矮个子男子。张松荣供认带路的是自己。

(19) 证人周某的证词及辨认笔录，与陈麒祥、李锦富的供述相印证，证实陈、李二被告人曾于2月8日将毒品转移至其位于电业花园的住处寄放，并与次日取走的事实。

(20) 证人庄某盛的住处，证实陈麒祥于2月10日向其租房，并选定位于莲富大厦18楼H座的一套房。当晚，陈派“古少鹏”(李锦富)与其一起与房东签下合同并支付了共计6400元的租金及押金。2月12日中午，其与公安人员一起进入该房内并于床下发现了涉案毒品的事实。

(21) 对莲富大厦18楼H座的搜查笔录及取赃笔录，证实涉案的四袋共50包冰毒被搜获的经过；刑事科学检验报告，证实从搜获的毒品内检出甲基苯丙胺成分；移交清单及收条，证实取获的50公斤冰毒已由福建省公安边防总队上缴禁毒办。

(22) 对郭水明住处的搜查笔录及扣押清单，证实公安机关对住于广州市金碧公司的郭水明的住处进行搜查及扣押物品的情况，并证实从郭水明住处搜获的物品中有一本内夹机场建设费收据的电话簿。

(23) 从郭水明处搜获的电话号码簿一本,内记有冰毒的制作成分,及林-13610176851 的字样,与提货单上托运人的联系电话一致,能够印证其原在侦查阶段关于参与冰毒买卖的供述及其本人曾向制作冰毒的供述,该簿内还记有"洪中奇-13666067538"字样,该号码为提货单上收货人的号码,能够与黄荣业的供述及郭自己的原供述印证,亦能证实郭水明参与买卖冰毒的事实。

(24) 从郭水明的电话号码簿内取获的机场介绍费收据一张,该收据背面写有"2 万美、38 万港、145 万港"等字样,被告人黄荣业在庭上供称该收据是其连同毒资一起交给郭水明,背面是由其书写的是毒资的具体数额。

(25) 对戚毅雄的搜查笔录及扣押黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣、陈麒祥、李锦富的个人物品清单,证实上述被告人被扣押物品的情况。

(26) 厦门市公安边防支队出具的关于张松荣协助抓获陈麒祥的情况说明,证实张松荣的立功情节。

(27) 各被告人的照片、搜获毒品的现场照片、毒品的照片、查扣物品的照片、欲改装集装箱及现场的照片等。

(28) 各被告人的身份证明材料,证实各被告人的身份情况。

对于被告人郭水明在庭审中称其完全不知毒品交易之事,且对毒品一无所知的辩解,经查,关于商谈毒品价格一节,尽管被告人黄荣业、戚毅雄之间互相推诿,但对毒品货源是由郭介绍且价格是与郭谈定的这一点,二被告人的供述一致且稳定。而黄、戚二被告人的供述能证实郭水明明知交易的物品是毒品。郭水明自己的电话簿上记录的冰毒制作成分亦证实郭在庭上关于不知冰毒为何物的辩解纯属狡辩。其次,对运输的环节,黄荣业供称"洪中奇"这一假名是由其告知郭,并让郭将毒品发给洪中奇的,而郭的电话簿上记载的"洪中奇"的电话和提货单上收货人的姓名及电话一致,与黄的供述相印证,而对交接提货单的情节,戚、黄二被告人的供述与郭的供述一致。第三,关于收取毒资的情节,被告人黄荣业一直指认毒资于2月7日当晚即交给郭水明,同时还给郭一张自己书写有毒资具体数额的机场建设费收据,郭在侦查阶段亦对收取毒资作了供认,而从郭水明处搜获的该张收据印证了黄的供述及郭的原供述。故被告人郭水明的辩解无事实依据,本院不予采纳。

关于黄荣业、戚毅雄二被告人提出的其二人系居间介绍,并无从毒品买卖中赚取差价的故意的辩解,经查,二被告人在侦查、起诉阶段的多份供述均一致供称二人是为了从此次毒品交易中赚取差价,其供述一贯稳定,而二被告人在庭上虽有翻供,但各自的翻供前后矛盾,在庭上亦无法自圆其说,显然没有事实依据,故本院对该二人的辩解均不予采纳。

本院认为,被告人郭水明、黄荣业为牟取非法利益,贩卖国家明令禁止的毒品,数量大,其行为已构成贩卖毒品罪。系共同犯罪。公诉机关指控的罪名成立。被告人郭

水明的辩护人关于郭系受人指使，系从犯的辩护意见，经查，被告人郭水明在本案中系50公斤冰毒货源的提供者，并与戚、黄二被告人联系毒品买卖及运输事宜，主观恶性大，应予严惩。辩护人的辩护意见不予采纳。被告人黄荣业的辩护人关于黄系居间介绍，系从犯的辩护意见，经查，被告人黄荣业为本案的毒品交易联系到了高达50公斤的冰毒货源，并为主承担与毒品卖主的联系及谈价事宜，同时又与被告人戚毅雄一起，采取向买主虚报毒品买入价的手段，欲从本案的毒品交易中获利。系本案中不可或缺的一个环节，其行为积极主动，主观恶性大，应予严惩。其辩护人关于其系从犯的辩护意见于法无据，不予采纳。

被告人戚毅雄、周锡镖、张松荣接受台湾毒贩的委派，为达到走私毒品到台湾的目的，分工合作，代表毒贩完成在大陆采购毒品的行为，数量大，其行为均已构成走私、贩卖毒品罪。系共同犯罪、且地位、作用相当，均应予严惩。公诉机关指控的罪名有误，应予纠正。被告人张松荣协助公安机关抓获同案犯，有立功表现，依法可从轻处罚。被告人戚毅雄的辩护人关于戚构成窝藏、转移毒品罪而非走私毒品罪的辩护意见，经查，被告人戚毅雄直接受命于台湾毒贩“阿昌”，为走私冰毒来大陆办理采购冰毒的事宜，直接参与毒品的洽购、提货单的递送、毒资的收取及交付，其行为构成走私、贩卖毒品罪，辩护人的该辩护意见于法不符，不予采纳。被告人戚毅雄、周锡镖、张松荣的辩护人关于走私毒品罪系未遂的辩护意见，经查，该三名被告人分别接受台湾毒贩的指派，为将冰毒走私往台湾，分工负责，分别实施了采购、安排运送、接收、验收毒品及交付毒资的行为，代表台湾毒贩完成在大陆采购毒品的环节，其行为均是在走私毒品故意下，实施的贩卖毒品的行为，故该三被告人均构成走私、贩卖毒品罪。此罪名为选择性罪名，对其中的走私及贩卖毒品的行为不能割裂开来。贩卖毒品行为一经完成，本案即构成既遂。故辩护人的此点辩护意见不予采纳。故意被告人戚毅雄、周锡镖、张松荣的辩护人另提出该三人均系从犯的辩护意见，经查，该三被告人直接受令于台湾毒贩，分工合作，积极实施在大陆采购毒品并走私到台的行为，其行为环环相扣，缺一不可，三被告人均是犯罪行为的主要实施人，辩护人关于其均系从犯的辩护意见缺乏事实依据，本院不予采纳。

被告人陈麒祥、李锦富受他人指使，在明知是毒品的情况下，实施了窝藏、转移毒品的行为，数量大，情节严重，其行为均已构成窝藏、转移毒品罪。系共同犯罪。公诉机关对被告人李锦富指控罪名成立，但对被告人陈麒祥的指控罪名有误，应予纠正。关于被告人陈麒祥及其辩护人对指控罪名的异议，经庭审查明，被告人陈麒祥在本案中的作用仅限于按被告人张松荣的要求去提货、帮助窝藏、转移，对该毒品的来源、去向、毒资及同案犯的情况均不知情，也未从毒品买卖、走私中得利，其主观上只想从被告人张松荣处获取劳务报酬，指控陈事先对走私毒品有共同犯意缺乏依据，故被告人

陈麒祥的行为应认定为窝藏、转移毒品罪。被告人陈麒祥及其辩护人的该辩护意见可以采纳。鉴于被告人陈麒祥归案后坦白认罪态度较好,可予以从轻处罚。被告人李锦富的辩护人关于李犯罪情节一般,建议在三年以下量刑的辩护意见,经查,被告人李锦富受被告人陈麒祥纠集参与本案,其犯罪手段虽然一般,但考虑其窝藏、转移的毒品数量大,应认定为情节严重,故其辩护人的辩护意见于法不符,不予采纳。考虑到被告人李锦富归案后能坦白认罪,又系被纠集参与,其作用与被告人陈麒祥相比相对较轻,可从轻处罚。

据此,依照《中华人民共和国刑法》第347条第2款第(一)项、第349条第1款、第25条第1款、第68条第1款、第57条第1款、第64条之规定,判决如下:

一、被告人郭水明犯贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

被告人黄荣业犯贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

被告人戚毅雄犯走私、贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

被告人周锡镖犯走私、贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

被告人张松荣犯走私、贩卖毒品罪,判处死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

被告人陈麒祥犯窝藏、转移毒品罪,判处有期徒刑5年(刑期从判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的,羁押一日折抵刑期一日,即自2001年2月13日起至2006年2月12日止)。

被告人李锦富犯窝藏、转移毒品罪,判处有期徒刑4年(刑期从判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的,羁押一日折抵刑期一日,即自2001年2月13日起至2006年2月12日止)。

二、随案移送的物证电话簿一本、机场建设费收据一张予以没收。扣押在案的广州海珠区工业大道南821号金碧花园5撞21层C号住宅一套中属于被告人郭水明的部分作为郭水明的个人财产予以没收。

三、扣押在厦门市公安局边防保卫分局的被告人郭水明、黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣的个人财物予以没收(清单附后)。被告人郭水明、黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣的部分个人证件及物品,被告人陈麒祥、李锦富的个人财物发还本人(清单附后)。

如不服本判决,可在收到判决书的第二日起十日内,通过本院或直接向福建省高

级人民法院提出上诉。书面上诉的,应交上诉状正本一份,副本二份。

审 判 长 洪建华
代理审判员 陈许贞
代理审判员 唐红宁
2001年9月28日
书 记 员 李 隽

附录二

福建省高级人民法院刑事判决书

(2001)闽刑终字第762号

原公诉机关:福建省厦门市人民检察院。

上诉人(原审被告人)郭水明,男,1959年1月22日出生于广东番禺,汉族,初中文化,商人。住香港新界运头塘村运临楼2626号。2001年2月14日因涉嫌犯贩卖毒品罪被刑事拘留,同年3月20日被逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人赵秉志,北京地石律师事务所律师。

辩护人黄永盛,厦门联合信实律师事务所律师。

上诉人(原审被告人)黄永业,男,1959年9月5日出生于香港,汉族,小学文化,货车司机。住香港九龙湾启业村启邦阁16楼8号。2001年2月14日因涉嫌犯贩卖毒品罪被刑事拘留,同年3月20日被逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人李明,福建天衡联合律师事务所律师。

辩护人卢启龙,厦门天翼律师事务所律师。

上诉人(原审被告人)戚毅雄,男,1947年9月8日出生于广东省台山县,汉族,初中文化,无业。住香港佐敦道39号9楼C室,暂住广州大道好景中心2702室。2001年2月14日因涉嫌犯贩卖毒品罪被刑事拘留,同年3月20日被逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人丁一元,广东环球经纬律师事务所律师。

辩护人辛仲文,厦门首嘉律师事务所律师。

上诉人(原审被告人)周锡镖,男,1960年11月9日出生于台湾省高雄市,汉族,高中文化,商人。住台湾省高雄市前金区光复二街32巷4号,暂住浙江省温州市温富大厦407室。2001年2月13日因涉嫌犯贩卖毒品罪被刑事拘留,同年3月20日被逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人毕文胜、陆冬华,北京嘉维律师事务所律师。

上诉人(原审被告人)张松荣,男,1949年8月20日出生于台湾省台南县,汉族,大专文化,商人。住台湾省高雄市前镇区瑞祥街4巷16-2号,暂住厦门市长城宾馆218房。2001年2月12日因涉嫌犯贩卖毒品罪被刑事拘留,同年3月20日被逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

辩护人吕今朝、郑国扬,厦门今朝律师事务所律师。

原审被告人陈麒翔,男,1972年10月23日出生于台湾省宜兰县,汉族,初中文化,无业。住台湾省宜兰县南宜二路22之4号5楼,暂住厦门市湖里区江浦北里26号楼402室。2001年2月13日因涉嫌犯贩卖毒品罪被刑事拘留,同年3月20日被逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

原审被告人李锦富,男,1964年7月16日出生于台湾省屏东县,汉族,高中文化,货车司机。住台湾省屏东县万恋乡万和村南进路138号,暂住厦门市湖里区江浦北里26号楼402室。2001年2月13日因涉嫌犯贩卖毒品罪被刑事拘留,同年3月20日被逮捕。现羁押于厦门市第二看守所。

福建省厦门市中级人民法院审理福建省厦门市人民检察院指控原审被告人郭水明、黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣、陈麒翔、李锦富犯贩卖、走私、窝藏、转移毒品罪一案,与2001年9月28日作出(2001)厦刑初字132号刑事判决。原审被告人郭水明、黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,经阅卷,讯问被告人、听取辩护人的辩护意见,认为事实清楚,决定不开庭审理。本案现已审理终结。

原判认定:被告人周锡镖、张松荣、戚毅雄受台湾籍毒贩"辛董"、"眼镜李"、"阿昌"的指派,到大陆相互配合购买、运输冰毒达50公斤。被告人郭水明、黄荣业为牟取非法利益,贩卖冰毒达50公斤。被告人陈麒翔、李锦富受他人指使,在明知是毒品时,实施了窝藏、转移冰毒达50公斤。被告人张松荣归案后协助公安机关抓获同案犯陈麒翔。

据上事实,原判依照《中华人民共和国刑法》第347第2款第(一)项、第349第1款、第25条第1款、第57条第1款、第64条、第68条第1款之规定,作出判决:被告人郭水明、黄荣业均犯贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;被告人戚毅雄、周锡镖均犯走私、贩卖毒品罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;被告人张松荣犯走私、贩卖毒品罪,判处死刑,缓期二年执行,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;被告人陈麒翔、李锦富均犯窝藏、转移毒品罪,分别判处有期徒刑5年、4年;随案移送的物证及扣押在案的被告人郭水明、黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣个人财产、财物予以没收。

被告人郭水明上诉理由:不知黄荣业等人在贩毒,没有收到黄荣业的毒资,毒品非其提供,原供述系刑讯逼供取得;检举揭发他人犯罪,有重大立功表现。其辩护人辩护

意见:郭水明参与贩毒事实不清;郭水明非贩毒首谋、最初提供者,只是中间介绍人,没有获取利润,主观恶性不是很大;特情的介入对犯罪的发生、发展有一定的推动作用,涉案毒品不可能流入社会,危害程度大大减轻;郭水明检举揭发他人犯罪,具有重大立功表现,请求减轻处罚。

被告人黄荣业上诉理由:系居间介绍买卖毒品,无从毒品买卖中赚取差价;在本案中起次要作用;认罪态度好,应酌情从轻处罚。其辩护人以相同理由提出辩护意见。

被告人戚毅雄上诉理由:原判认定部分事实有误,并非赚取差价,只是联系转交毒资,其行为不构成贩卖、走私毒品罪,即使构成该罪,也是未遂;受他人指使,未参与策划、出资,也没有获利,属从犯;非罪大恶极,量刑畸重,请求从轻处罚。其辩护人以相同理由提出辩护意见。

被告人周锡镖上诉理由:没有叫邱某制作假身份证;前往广州是为他人转移毒资,不是去准备下一批冰毒发货;原判认定罪名有误,属走私毒品未遂;作用较小,地位较低,归案后认定态度好,有酌定从轻处罚情节,原判量刑畸重,请求从轻处罚。其辩护人辩护意见:有公安特情介入,毒品走私的目的地在境外,社会危害性小,系初犯、从犯,不属贩卖毒品,有立功表现,原判量刑畸重,请求从轻处罚。

被告人张松荣上诉理由:原判定罪不当,属包庇走私毒品罪;没有参与策划,非主要实施人和冰毒所有者,系从犯;案发后积极配合警方抓获同案人并缴获毒品,有立功表现,应减轻量刑。其辩护人以相同理由提出意见。

经审理查明:2001 年 1 月间,上诉人周锡镖、张松荣、戚毅雄分别接受台湾毒贩“辛董”、“眼镜李”、“阿昌”的指派,分赴大陆并相互取得联系,准备共同配合完成从大陆购买冰毒,然后走私到台湾。根据台湾毒贩安排,上诉人戚毅雄负责到广州联系购买冰毒,将冰毒交给上诉人周锡镖,并将毒资付给货主。上诉人周锡镖为主负责将冰毒从广州运送到厦门,并负责将毒资交给戚毅雄。上诉人张松荣负责在厦门提货、付款,并利用其做碳酸钡出口台湾之机,用集装箱从厦门夹带冰毒到台湾。上诉人戚毅雄受“阿昌”的指使,来到广州,通过上诉人黄荣业介绍,找到上诉人郭水明,三人商定以每公斤冰毒 2.15 万港元的价格购买 100 公斤冰毒。之后,戚毅雄、黄荣业二人向“阿昌”虚报价格为每公斤 2.3 万港元,戚、黄二人拟从中赚取每公斤 1500 港元的差价。2 月 4 日,上诉人周锡镖受“辛董”指使,到广州与戚、黄商定运输毒品事宜,并叫其旧友邱某华一同前往。到广州后,周叫上诉人黄荣业与邱某华去制作了一张“洪中奇”的假身份证,后先行返回厦门。由上诉人黄荣业将假名告知上诉人郭水明,让郭用“洪中奇”假名发货。郭水明安排他人于 2 月 6 日通过“福运通货物快速运输公司”将第一批 50 公斤冰毒以“五金零件”的名义从广州发往厦门。该批货物的提货单则由郭水明于当日下午在广州三元里交给上诉人黄荣业、戚毅雄。黄、戚二人随即乘飞机返回厦门与上诉人周锡镖会合,并将提货单交给周锡镖。当晚,周锡镖、黄荣业戚毅雄三人到厦门市

湖滨东路41号“福运通货物快速运输公司”提货点踩点,为第二天的提货作准备。2月7日上午,上诉人张松荣找被告人陈麒翔帮忙领取“货物”,被告人陈麒翔又叫其朋友李锦富帮忙,三人到该提货点附近找到上诉人周锡镖,周随即将提货单及“洪中奇”身份证交给上诉人张松荣。之后,陈、李二人在张松荣的指使下将50公斤冰毒领出,雇小货车将冰毒运至厦门市湖里区江浦北里26号楼402室被告人陈麒翔的租住处。上诉人张松荣、周锡镖随后赶到该处,并叫陈、李二人一起对50公斤冰毒进行清点验货。清点时,陈、李二人得知该批货物为毒品,仍按张松荣的要求帮助重新分装。上诉人周锡镖、张松荣验收冰毒后,即一同到厦门市鑫安宾馆,上诉人张松荣在其住的房间内将“眼镜李”在台湾交给他的38万港元购毒款交给黄荣业,黄以携带巨款乘飞机不便为由要求周陪同,周锡镖遂与黄荣业分别携款于7日下午一起乘机飞往广州,准备下一批冰毒的发货事宜。与此同时,被告人戚毅雄于7日上午按照“阿昌”的安排飞往香港取得毒资145万港元带到广州。2月7日晚,上诉人周锡镖、戚毅雄随后将上述毒资交给郭水明。2月8日,按照上诉人张松荣的电话指使,被告人陈麒翔、李锦富将涉案的50公斤冰毒在厦门市内数度转移。2月10日,由上诉人张松荣出资,被告人陈麒翔、李锦富租下厦门市莲富大厦18楼H室,于当晚将毒品藏匿于该租住处。2月11、12日,上述上诉人、被告人分别在广州、泉州、厦门等地被公安机关抓获,2月12日,厦门市公安局在厦门市莲富大厦18楼H室缴获冰毒50公斤。经鉴定,含有甲基苯丙胺成分。

认定上述事实的证据有:

1. 厦门、泉州边防保卫分局、广东省公安厅有关抓获各犯罪嫌疑人的经过说明,证实案发及各上诉人、被告人的归案经过。

2. 上诉人郭水明的供述,供认与黄荣业商定毒品价格及运输事宜,并将提货单交给黄、戚二人,2月7日晚,收到黄付给的100多万港元及2万美元的事实。还曾供称毒品系林华明的,毒资其交给林华明,因其欠林华明70多万港元赌马账及其他人情,因此未要到报酬等。

3. 上诉人黄荣业的供述,供称郭水明曾交代其帮助介绍毒品买主,其与戚毅雄说了这事。后戚说有人要100公斤冰毒,其介绍戚向郭购买,并与戚一起与郭水明谈价,欲共同从中赚取每公斤冰毒1 500港元的差价。2月6日,其与戚一起将郭拿来的毒品的提货单送到厦门给周锡镖。次日提货后,又与周一起将毒资港币38万元及美元2万元送至广州,汇集戚从香港取回的145万港元,由他将全部毒资款交给郭水明。经辨认照片,确认周锡镖系毒品走私参与人。黄荣业在厦门宏都大饭店的入住登记表,与其供述相印证。

4. 上诉人戚毅雄的供述,供称其受台湾“阿昌”委托寻找冰毒货源,后得知黄荣业能买到货。2001年2月初,到广州与黄一起跟郭水明谈定冰毒买入价为每公斤2.15万港元,但他向“阿昌”报价为每公斤2.3万港元,差价欲与黄平分。2月6日,其与周

锡镖在广州商定运输事宜,并于当日下午与黄荣业一起从郭水明手中拿到提货单后飞至厦门交给周锡镖。尔后受“阿昌”指使飞香港取回145万港元,次日在广州流花宾馆交给黄荣业。经辨认照片,证实与其进行毒品交易者是郭水明。

5. 上诉人周锡镖的供述,供称受“辛董”指派,来厦门与张松荣联系冰毒的走私运输及付款事宜。他叫上旧友邱某华帮忙。2月6日,在广州流花宾馆与戚、黄二人谈运货事宜,并叫黄带邱去办了一张“洪中奇”的假身份证。其在厦门拿到戚、黄二人送来的提货单,即将提货单及假身份证交给张松荣,张叫陈麒祥、李锦富提出毒品后,其与张同往毒品的放置处,同陈、李一起对毒品验收。后随张到鑫安宾馆取38万元港币,连同“辛董”托他携带的2万美元交给黄荣业,并应黄要求陪黄一起携此二笔毒资到广州,准备第二批毒品的发货事宜。经辨认照片,确认戚毅雄、黄荣业、张松荣、陈麒祥系毒品的交易、转移的参与人。且有周锡镖在厦门尚豪酒店、宏都饭店、广州流花宾馆、招商宾馆的入住登记表佐证。

6. 上诉人张松荣的供述,供称受台湾“眼镜李”的指派。到厦门与周锡镖联系,为李夹带冰毒到台湾。在厦门其指使外甥蔡文慧在后坑仓库试图改装集装箱以便夹带冰毒到台湾。2001年2月7日上午,在厦门周锡镖将提货单交给他,他将提货单交陈麒祥、李锦富将货提到陈暂住处后,与周、陈、李对毒品进行了清点。并将“眼镜李”托付的38万港元交给周锡镖。尔后数次指使陈麒祥转移毒品,并给陈8 000元人民币用于租房存放毒品。经辨认照片,确认周锡镖、陈麒祥、李锦富系毒品的走私、转移及窝藏参与人。

7. 被告人陈麒祥的供述,供称张松荣叫其帮忙做事,其又叫上李锦富,于2001年2月7日将50公斤冰毒提出并运到暂住处,与张、周、李一起对毒品进行清点后,同李将毒品进行了分装。后受张松荣指使,与李将毒品转移至女友周蕾住处,后又取回存放在自己的住处。并用张松荣给的钱租下莲富大厦18楼H室存放毒品。经辨认照片。确认张松荣、周锡镖系毒品走私参与人。

8. 被告人李锦富的供述,供认其跟随陈麒祥提取毒品、分装并转移毒品的经过。经辨认照片,确认陈麒祥、周锡镖、张松荣系毒品的转移、窝藏、走私参与人。

9. 提取到案的提货单及货运交接清单,证实该批毒品是以五金的名义,通过福运通货物代理服务部从广州运至厦门的,托运人的电话为13610176851,收货人为洪中奇,电话为1366067538,货到厦门后,已被持洪中奇身份证的人提取。

10. 提取在案姓名为“洪中奇”的假身份证,与证人邱某华的证词相印证,证实该身份证上的照片为邱的照片。

11. 证人邱某华的证言,证实其应周锡镖的请求,随同周参与毒品交易、转移的事实。同时证实名为“洪中奇”的假身份证是他受周的指使,与黄荣业一起找人制作的。经辨认照片,确认张松荣、黄荣业、戚毅雄、陈麒祥系贩卖、走私、转移、窝藏毒品参

与人。

12. 证人周某华证言，证实受陈麒祥、李锦富所雇，驾驶小货车至湖滨东路41号福运通快运公司的提货点，等陈、李二人提出两木箱的货后，一起将货运至江浦北里一宿舍楼下的事实。经辨认照片，确认陈麒祥、李锦富系雇车人。

13. 证人蔡某慧证言，证实其舅张松荣以修补货柜为名将其从台湾带到厦门，在张租赁的后坑仓库内对集装箱进行过焊接。

14. 证人周某证言，证实陈麒祥、李锦富将几袋行李拿到其位于电业花园的租住处寄放，次日又取走的事实。与陈、李的供述相印证。

15. 证人庄某盛证言，证实陈麒祥向其租下莲富大厦18楼H室。案发后其与公安人员一起进入该房内并于床下发现了涉案毒品的事实。

16. 搜查笔录及取赃笔录证实，在莲富大厦18楼H室查扣的4袋共50包冰毒，经刑事科学检验，检出甲基苯丙胺成分。

17. 移交清单及收条，证实查获的50公斤冰毒已由福建省公安边防总队上缴省禁毒办。

18. 从郭水明住处搜获的电话号码簿一本，内记有冰毒的制作成分，及林-13610176851的字样，与提货单上托运人的联系电话一致，能够印证其原在侦查阶段关于参与冰毒买卖的供述及其本人曾想制作冰毒的供述，该簿内还记有"洪中奇-13666067538"字样，该号码为提货单上收货人的号码，能够与黄荣业的供述及郭自己的原供述印证，亦能证实郭水明参与买卖冰毒的事实。

19. 从郭水明的电话号码簿内取获的机场建设费收据一张，该收据背面写有"2万美、38万港、145万港"等字样。上诉人黄荣业在庭上供称该收据是其连同毒资一起交给郭水明，背面是其书写的毒资的具体数额。

20. 厦门市公安边防保卫分局出具的关于张松荣协助抓获陈麒祥的情况说明，证实张松荣的立功情节。

21. 各上诉人、被告人的身份证明材料，证实他们的身份等基本情况。

以上证据均经一审庭审质证，证据的来源合法，内容客观真实，本院予以确认。

上诉人郭水明诉称其不知黄荣业等人在贩毒，没有收到黄荣业的毒资，没有提供毒品。其辩护人提出原判认定郭水明参与贩毒事实不清。经查，关于商谈毒品价格一节，上诉人黄荣业、戚毅雄均证实毒品货源是由郭水明介绍且价格是与郭谈定的，上诉人郭水明原供述亦供认与黄荣业商定毒品买卖价格，三上诉人的供述能相互印证，足以认定，关于运输毒品一节，上诉人黄荣业供称"洪中奇"这一假名是他告知郭水明，并让郭将毒品发给洪中奇的，而郭水明的电话簿上记载的洪中奇的电话号码和提货单上收货人的姓名及电话一致，与上诉人黄荣业的供述相印证；上诉人郭水明亦供认将毒品提货单交给上诉人黄荣业、戚毅雄，与戚、黄二上诉人的供述均能相印证，足以认定。

关于收取毒资一节,上诉人黄荣业一直指认毒资具体数额的机场建设费收据给郭,上诉人郭水明在侦查阶段亦供认收取黄荣业的毒资100多万港元及2万美元的事实,并供认黄荣业附有一张写有毒资数额的字条,与从郭水明处搜获的一张机场建设费收据,该收据背面写"2万美、38万港、145万港"字样,与黄、郭二人供述相印证。故上诉人郭水明及其辩护人的此诉辩理由不能成立,不予采纳。上诉人郭水明及其辩护人提出公安人员对郭水明进行刑讯逼供,经查,没有事实依据,不予采纳。

上诉人郭水明及其辩护人提出郭水明检举他人贩卖毒品,具有重大立功表现。经查,二审期间,上诉人郭水明检举他人贩卖毒品犯罪并通过其表弟李振华协助厦门公安局边防分局抓获陈道丰等人并查获20公斤冰毒。上述事实有厦门公安局边防分局于2002年10月9日出具"关于郭水明检举揭发的情况说明"及郭水明检举材料、讯问笔录、李振华接谈笔录、"2002.7.15"特大贩毒案审查情况等证实。此诉辩理由成立,本院予以采纳。

上诉人黄荣业及其辩护人提出系居间介绍、没有带邱某华做假身份证。经查,上诉人黄荣业介绍戚毅雄并约郭水明一同商量毒品价格,与戚毅雄共谋采取向买主虚报毒品买入价的手段,欲从毒品交易中获利。尔后从郭水明处取得毒品提货单转交给周锡镖,又到厦门取毒资携至广州,系本案中不可或缺的一个重要环节,其在公安侦查阶段多次供述目的是为了赚取毒品交易的差价,因此诉辩称系居间介绍的理由不能成立,不予采纳。证人邱某华、同案人周锡镖均证实是上诉人黄荣业带邱某华到街上做假身份证,上诉人黄荣业在侦查阶段亦曾供认在案。故诉辩称没有带邱某华做假身份证的理由亦不能成立,不予采纳。

上诉人戚毅雄及其辩护人诉辩称只起联系转交毒资作用,并非赚取差价。经查,上诉人戚毅雄受台湾毒贩指使,找上诉人黄荣业联系毒品货源,并直接与毒品提供者商谈毒品价格,将冰毒加价报给毒品买方,欲从中赚取差价,随后又有转交冰毒提货单、携带交付毒资的行为,已不仅仅是联系转交毒资,其行为已构成贩卖、走私毒品罪。故此辩诉理由不能成立,不予采纳。

上诉人周锡镖及其辩护人提出系为他人转移毒资,没有叫邱某华做假身份证。经查,上诉人周锡镖取得提货单后指使他人取出毒品并参与验货,再将上诉人张松荣给他的38万港元及其携带入境的2万美元毒资一同付给上诉人黄荣业,其行为已不仅仅是联系转交毒资,而是贩卖、走私毒品的行为。证人邱某华、同案人黄荣业均证实是周锡镖叫黄荣业带邱某华到街上做假身份证,周锡镖在侦查阶段对此亦曾供认不讳。故上述诉辩理由不符,不予采纳。

上诉人张松荣及其辩护人诉辩称系包庇走私毒品。经查,上诉人张松荣指使他人提取并参与验收冰毒,将携带入境的38万元港币毒资付给周锡镖,根据事先预谋叫人改装集装箱,欲夹带毒品出境,上述行为已构成走私、贩卖毒品罪。故此诉辩理由不能

成立,不予采纳。

本院认为,上诉人郭水明、黄荣业为牟取非法利益,贩卖冰毒,数量巨大,其行为均已构成贩卖毒品罪。上诉人戚毅雄、周锡镖、张松荣接受台湾毒贩的指派,为达到走私毒品到台湾的目的,分工合作,在大陆购买毒品并运到厦门,再走私出境,数量巨大,其行为均已构成走私、贩卖毒品罪。原审被告人陈麒翔、李锦富受他人指使,在明知是毒品的情况下,实施了窝藏、转移毒品的行为,数量巨大,情节严重,其行为均已构成窝藏、转移毒品罪。其中,上诉人郭水明与戚、黄二上诉人商定毒品买卖价格及运输事宜,收取毒资,贩卖冰毒达50公斤,数量巨大,社会危害性大,应予严惩。二审期间,上诉人郭水明检举他人贩卖毒品犯罪,具有重大立功表现,对其判处死刑,可不予立即执行。上诉人黄荣业为本案的毒品交易联系到了高达50公斤的冰毒货源,并承担买主与毒品卖主的联系及谈价事宜,同时又与上诉人戚毅雄一起采取向毒品买主虚报买入价的手段欲从中牟利;并实施从上诉人郭水明处取得50公斤冰毒提货单并转交给上诉人周锡镖,到厦门取毒资到广州汇集后交给上诉人郭水明。此节系本案中不可或缺的一个环节,其行为积极主动,社会危害性大,应予严惩。上诉人黄荣业及其辩护人提出黄荣业检举他人犯罪,具有立功表现,经查不实,不予采纳。上诉人戚毅雄受台湾“阿昌”指使寻找毒品卖主,参与商定毒品价格,根据事先与上诉人黄荣业的共谋,将每公斤毒品加价1 500港元报给“阿昌”,欲与黄荣业从中赚取差价。尔后又转交50公斤冰毒提货单,再按“阿昌”安排到香港提取毒资交给黄荣业,由黄荣业付给郭水明,走私、贩卖的毒品数量巨大,行为积极主动,社会危害性极大,应予严惩。上诉人周锡镖在“辛董”指使下,负责将冰毒从广州运送到厦门事宜,并转交50公斤毒品提货单、参与验收毒品,协助携带并支付部分毒资,走私、贩卖的毒品数量大,其行为积极主动,社会危害性极大,应予严惩。上诉人张松荣受“阿昌”及其同伙“眼镜李”指使,负责夹带冰毒至台湾,指使他人从货运处提取并数次转移毒品,帮助携带并支付毒资,参与毒品验货,指使、贩卖的毒品数量大,行为积极主动,社会危害性极大,应予严惩。案发后,上诉人张松荣协助公安机关抓获同案犯,有立功表现。上诉人戚毅雄、周锡镖、张松荣及其辩护人提出原判定性不当,系走私毒品未遂。经查,上述上诉人接受台湾毒贩的指派,为将冰毒走私到台湾,分工负责,分别实施了购买、安排运送、接收、验收毒品及交付毒资的行为,故该三上诉人均构成走私、贩卖毒品罪。此罪名为选择性罪名,对其中的走私及贩卖毒品的行为不能割裂开来。贩卖毒品行为一经完成,本案即构成既遂。故三上诉人及其辩护人的此诉辩理由不能成立,不予采纳。上诉人戚毅雄、周锡镖、张松荣在共同犯罪中地位、作用相当,其行为环环相扣,缺一不可,三上诉人均是犯罪行为的主要实施者,上诉人戚毅雄、周锡镖、张松荣及其辩护人诉辩系从犯的理由缺乏事实依据,不予采纳。上诉人周锡镖及其辩护人提出周锡镖检举他人犯罪,具有重大立功表现,经查不实,不予采纳。原审被告人陈麒祥归案后坦白认罪态度较好,可予

以从轻处罚。原审被告人李锦富归案后能坦白认罪，又系被纠集参与，其作用与原审被告人陈麒祥相比相对较轻，可从轻处罚。原判事实清楚，证据确实充分，定罪准确，对上诉人黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣、原审被告人陈麒祥、李锦富量刑适当。上诉人黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣及其辩护人提出原判量刑过重，请求从轻处罚的理由没有事实和法律依据，均不予采纳。原审审判程序合法。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第(一)、(二)项、《中华人民共和国刑法》第347条第2款第(一)项、第349条第1款、第25条第1款、第57条第1款、第64条、第68条第1款之规定，判决如下：

一、维持厦门市中级人民法院(2001)厦刑初字第132号刑事判决第一项中关于被告人黄荣业、戚毅雄、周锡镖、张松荣、陈麒祥、李锦富定罪量刑及对被告人郭水明定罪部分的判决和第二、三项判决。

二、撤销厦门市中级人民法院(2001)厦刑初字第132号刑事判决第一项中对被告人郭水明量刑部分的判决。

三、上诉人郭水明犯贩卖毒品罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第201条的规定，本判决即为核准以走私、贩卖毒品罪判处被告人张松荣死刑、缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事判决。

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第199条的规定，对原审被告人黄荣业、戚毅雄、周锡镖以贩卖毒品罪和走私、贩卖毒品罪，分别判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事判决，依法报请最高人民法院核准。

审 判 长　王成全
代理审判员　洪情沪
代理审判员　胡珊珊
2002年10月27日
书 记 员　吴 兆

贵州习水国家公职人员嫖宿幼女案法理研究

苏云萍*

一、选案理由

近年来,媒体曝光的幼女被性侵害案件日渐增多,其中影响最大的莫过于2009年发生在贵州习水县的多名国家公职人员嫖宿幼女案。在这个案件中,公职人员、幼女、官员保护等诸多社会敏感词汇的存在,使得这个案件成为了2009年度的热点案件之一。而潜藏在这个案件背后的是关于嫖宿幼女罪与强奸罪(奸淫幼女)的司法适用与立法完善问题。也正因为此,尽管2009年7月份贵州省遵义市中级人民法院关于袁荣会强迫卖淫、嫖宿幼女案已经审结,但是由该案所引发的社会影响和刑法理论问题的争论却并没有停息,仍值得我们进一步研究。

2009年,贵州省习水县数名国家公职人员嫖宿幼女案在社会上引起了强烈的反响。这数名公职人员中有政府官员、司法干部、人民教师、人大代表等,嫖宿地点就在习水县老司法局宿舍的3楼。受害者中,未满14周岁的幼女有3名,其余受害者均未满18周岁。2009年7月24日,备受社会关注的"贵州省习水县国家公职人员嫖宿幼女案"依法公开宣判,以强迫卖淫罪判处被告人袁荣会无期徒刑;以嫖宿幼女罪分别判处被告人冯支洋有期徒刑14年,被告人陈村有期徒刑12年,被告人母明忠有期徒刑10年,被告人冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然各有期徒刑7年。

但是,上述判决却引起了众多议论和质疑。社会大众与舆论似乎更关注被判处嫖宿幼女罪的几名国家公职人员,认为以嫖宿幼女罪而不以强奸罪定罪会导致对被告人的轻判,因为前者的量刑幅度是5年至15年有期徒刑,后者的量刑幅度是3年有期徒刑直至死刑,所以,上述案件定罪不准、量刑太轻,应以强奸罪定罪。面对民众舆论质疑,如何从法理、从情理上释疑判决结果,这是法律界人士必须面对的挑战。因此,对该案进行深入的研究,厘清强奸罪(奸淫幼女)与嫖宿幼女罪之间的关系,具有重大的理论意义与实践意义。

---

* 律师,法学硕士。

二、基本案情

2007年10月,袁荣会在贵州省习水县佳和市场非法经营旅社期间,认识了14岁的辍学女孩刘某及其15岁的男友袁某,三人商量由刘某和袁某寻找女生,带到袁荣会位于习水县老司法局宿舍的租住房内卖淫,由袁荣会联系嫖客。袁荣会按嫖资的30%收取“卫生费”,剩余嫖资归刘某及其男友所有。2007年10月至2008年8月期间,刘某、袁某先后在县城的3所中学和1所小学门口附近守候,多次将李某、康某、王某等11名中小学女生(其中3名未满14周岁,8名未满18周岁)挟持、哄骗到偏僻处,以要打毒针、拍裸照、殴打等威胁手段胁迫到袁荣会家中卖淫。期间,经袁荣会邀约、介绍,有多名男子先后在其租住房内嫖宿学生。这些人员中,有5名公职人员和1名县人大代表,他们分别是:县职业高中教师冯支洋、县移民办主任李守明、县马临工业区土管所所长陈孟然、县人事局干部黄永亮、同民镇司法所干部陈村、县人大代表(利民房地产开发公司经理)母明忠。

2008年8月15日,被害人李某的母亲到习水县公安局城西派出所报案,称女儿被人强奸。公安机关随即展开侦查,发现该案并非一起简单的强奸案,而是一起涉嫌嫖宿幼女的恶性案件。随后,习水县公安局按程序向上级部门汇报并请求支援。贵州省委常委、政法委书记、公安厅厅长崔亚东对本案作出重要批示,要求遵义市政法委“要协调各政法部门,要严厉打击这些丧尽天良、强奸13岁幼女的人。”2008年10月底,公安机关侦破案件,共抓获涉案犯罪嫌疑人21人。其中,介绍容留妇女卖淫的犯罪嫌疑人袁荣会和7名嫖宿幼女犯罪嫌疑人(其中在职公职人员5名)被依法批准逮捕,刘某及其男友因未成年被公安机关依法进行少管,10名嫖娼人员被治安处罚,1名卖淫女被公安机关收教。

2009年2月27日,习水县人民检察院以涉嫌容留、介绍卖淫罪对袁荣会提起公诉,以涉嫌嫖宿幼女罪对冯支洋、李守明、陈村、黄永亮、陈孟然、冯勇等提起公诉。2009年4月8日,贵州省习水县嫖宿幼女案在习水县人民法院进行不公开开庭审理,7名犯罪嫌疑人出庭受审,其中包括5名公职人员。2009年4月21日,庭审中因案件证据和事实发生变化,习水县检察院依法将全案撤回补充侦查。并因案情复杂,依据管辖权转移,改由遵义市检察院向遵义市中级人民法院提起公诉。2009年7月24日,贵州省遵义市中级人民法院公开宣判。判决如下:根据各被告人的犯罪事实、性质、情节和社会危害程度,依照《中华人民共和国刑法》的有关规定,以强迫卖淫罪判处被告人袁荣会无期徒刑;以嫖宿幼女罪分别判处被告人冯支洋有期徒刑14年,被告人陈村有期徒刑12年,被告人母明忠有期徒刑10年,被告人冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然各有期徒刑7年。

附:贵州省习水县嫖宿幼女案一审宣判名单

贵州省习水县嫖宿幼女案一审宣判名单

姓名	身份	罪名	一审判决
袁荣会	又名袁莉,女,无业	强迫卖淫罪	无期徒刑
冯支洋	习水第一职业高级中学教师	嫖宿幼女罪、嫖宿幼女2人3次	有期徒刑14年
陈村	习水县同民镇司法所干部	嫖宿幼女罪、嫖宿幼女1人2次	有期徒刑12年
母明忠	习水县人大代表,利民房地产开发公司经理	嫖宿幼女罪、嫖宿幼女2人2次	有期徒刑10年
冯勇	个体驾驶员	嫖宿幼女罪、嫖宿幼女1人1次	有期徒刑7年
李守明	习水移民开发办公室主任	嫖宿幼女罪、嫖宿幼女1人1次	有期徒刑7年
黄永亮	习水人事劳动和社会保障局干部	嫖宿幼女罪、嫖宿幼女1人1次	有期徒刑7年
陈孟然	习水马临工业经济区土管所副所长	嫖宿幼女罪、嫖宿幼女1人1次	有期徒刑7年

三、裁判要旨

1. 不管是组织卖淫,还是强迫他人卖淫,都与行为人在主观上非法获取经济收益的意图紧密相关。而在强迫卖淫的情况下,行为人往往是以赢利为目的,采取暴力、威胁等侵犯被害人人身权利的手段,违背被害人是否有偿为他人提供性服务的意志或者自行决定是否为某个人提供性服务的自身意志,让被害人为他人或者某个人提供有偿的性服务。至于被害人是否得到所谓的费用,并不影响行为人强迫卖淫的行为性质。而且,此时,被害人是不满14周岁的幼女,或者有多名,或者行为人多次强迫被害人卖淫,都表明强迫卖淫行为具有更严重的社会危害性,应该受到刑法更重的制裁。

2. 接受不满14周岁的幼女所提供的性服务(包括但不限于“发生性关系”),并支付嫖资,符合《刑法》第360条第2款所规定之“嫖宿幼女罪”的犯罪构成特征,应认定为嫖宿幼女罪。该犯罪的成立同时要求行为人明知嫖宿的对象是不满14周岁的幼女。极少数国家工作人员,知法犯法,实施嫖宿幼女行为,严重侵害幼女身心健康和社会管理秩序,犯罪情节恶劣,危害后果严重,严重败坏了国家工作人员的声誉,社会影响极坏,属于案件的酌定从严情节,可以考虑对犯罪人从严处罚。

四、引发的理论问题

在贵州习水“8·15”案件的起诉与审理过程中,社会各界对本案涉及的犯罪认定

存在着激烈的争论。其中,争论的焦点主要集中在被告人冯支洋等人的行为性质问题上,并形成了主张构成嫖宿幼女罪和主张构成强奸罪的两种不同观点。

有学者认为,本案中,被告人冯支洋等人的行为构成的是嫖宿幼女罪。这主要是因为①:嫖宿幼女罪与《刑法》第236条第2款奸淫幼女的罪刑分属不同的罪章和罪种。一般认为,二者虽然行为对象均为不满14周岁之幼女,但其区别是明显的:其一,强奸罪属于侵犯人身权利罪章之罪种,其中的奸淫幼女罪刑侵犯的是幼女的身心健康;而嫖宿幼女罪属于妨害社会秩序罪章中的妨害风化之罪种,其侵犯的是社会良好的道德风尚和幼女的身心健康。其二,行为人与幼女的性行为是否是卖淫嫖娼过程中发生的?嫖宿幼女罪者为"是";而强奸罪之奸淫幼女罪刑者为"否"。因此,在目前的立法状况下,将本案中国家公职人员的行为定嫖宿幼女罪是完全正确的,在目前更符合罪刑法定原则。

但社会舆论和一些法律界专业人士则认为应将被告人冯支洋等人的行为定为强奸罪(奸淫幼女)。如有学者认为,"分析犯罪构成,嫖宿幼女罪是指行为人明知对方是或者可能是不满14周岁的幼女仍然同其发生性关系,完全符合奸淫幼女的犯罪构成。即使不知道对方是不满14周岁的幼女仍可认定为奸淫幼女,在行为人明知的情况下,更可以认定为奸淫幼女。交易并不影响对行为方式的认定。而且认定奸淫幼女对幼女的保护更有利,也更有助于及时打击和预防此类犯罪行为。"②也有学者认为,"嫖宿幼女罪这一罪名在某种程度上放纵了犯罪分子。可能导致以很简单的标准作为区分强奸和嫖宿幼女的标准,把本该定为强奸罪的定为嫖宿幼女罪。"③

实际上,笔者以为,在刑法理论上,贵州习水国家公职人员嫖宿幼女案所涉及的法律问题主要包括两个方面:一是在刑事司法上,贵州习水国家公职人员嫖宿幼女的行为性质问题,即是构成嫖宿幼女罪还是构成强奸罪(奸淫幼女)。这既涉及本案的事实问题,也涉及我国刑法中强奸罪和嫖宿幼女罪的法条关系问题。二是在刑事立法上,我国刑法中的嫖宿幼女罪独立成罪的合理性问题,即是否有必要在刑法中保留嫖宿幼女罪。本文将主要以贵州习水嫖宿幼女案为切入点,分析其中涉及的以上两个方面的问题。

五、贵州习水嫖宿幼女案司法定性的法理分析

要正确解决贵州习水国家公职人员嫖宿幼女案的司法定性问题,首先有必要简单了解我国嫖宿幼女罪的立法沿革和背景,其次需要正确分析罪责刑相适应原则及我国刑法中嫖宿幼女罪与强奸罪(奸淫幼女)之间的法定刑关系。在此基础上,我们才能更

---

① 参见赵秉志:《略谈贵州习水嫖宿幼女案的定罪量刑》,载新华网贵州频道,www.gz.xinhuanet.com。

② 参见崔丽:《莫让花季再流泪 专家谈未成年人如何免受性侵害》,载中国法院网。

③ 参见《嫖宿幼女罪让罪犯逃避严惩 亟待修法为幼女撑腰》,载www.news.sohu.com。

准确地对贵州习水嫖宿幼女案进行司法定性。

(一) 嫖宿幼女罪的立法沿革

从立法沿革上看,我国1979年《刑法》并没有规定嫖宿幼女罪,涉及到卖淫犯罪的也只有《刑法》第169条的引诱、容留妇女卖淫罪。但是,随着我国社会的发展,卖淫问题越来越多引起了我国社会和立法者的关注。为此,1986年9月5日第六届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过的《中华人民共和国治安管理处罚条例》首次规定了对嫖宿幼女行为的处罚。该《条例》第30条第2款规定:"嫖宿不满十四岁幼女的,依照《刑法》第一百三十九条的规定,以强奸罪论处。"

之后,1991年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》中以特别刑法的形式规定了对嫖宿幼女行为的处罚。该《决定》第5条第2款规定:"嫖宿不满十四岁的幼女的,依照刑法关于强奸罪的规定处罚。"

1997年修订刑法时,将嫖宿幼女的行为从强奸罪(奸淫幼女)中分离了出来,在新《刑法》第360条第2款规定:"嫖宿不满14周岁的幼女的,处5年以上有期徒刑,并处罚金。"根据这一规定,1997年12月9日由最高人民法院审判委员会第951次会议通过的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》将第360条第2款确定为"嫖宿幼女罪"。对此,有学者指出:"只是因为考虑到嫖宿幼女这一行为的特殊性,在刑法(1979年刑法)修订时才将其规定为一个独立的罪名。"①

关于嫖宿幼女罪,2001年6月4日由最高人民检察院第九届检察委员会第89次会议通过的《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》指出:"行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁幼女而嫖宿的,适用刑法第三百六十条第二款的规定,以嫖宿幼女罪追究刑事责任。"与嫖宿幼女罪相对应的是强奸罪中的奸淫幼女行为。对此,2003年1月23日,中华人民共和国最高人民法院发布了《关于行为人不明知是不满14周岁的幼女,双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》中规定:"行为人明知是不满14周岁的幼女而与其发生性行为,不论幼女是否自愿,均应依照《刑法》第二百三十六条第二款的规定,以强奸罪定罪处罚。"

总体上看,我国对嫖宿幼女行为的定性,经历了一个由强奸罪到专门的嫖宿幼女罪的过程。从这个过程中,我们可以发现,在我国1997年《刑法》规定了专门的嫖宿幼女罪后,对嫖宿幼女罪已经不再按照强奸罪(奸淫幼女)处理了。

(二) 嫖宿幼女罪的法理问题与贵州习水嫖宿幼女案的定性

在我国《刑法》中,嫖宿幼女罪是指嫖宿不满14周岁幼女的行为。从该罪的内涵上看,我国学者对嫖宿幼女罪存在一些不同认识。而这在一定程度上影响了对嫖宿幼

① 参见李邦友:《性犯罪定罪量刑案例评析》,中国民主法制出版社2003年版,第88页。

女案件的司法定性。因此,要解决贵州习水嫖宿幼女案的定性,首先有必要从法理上对嫖宿幼女罪的相关问题进行理论分析。

1. 嫖宿幼女罪的对象问题

在刑法理论上,行为对象与犯罪客体通常有着密切的联系。对于嫖宿幼女罪,我国刑法理论上一般认为,嫖宿幼女罪的客体是社会主义道德风尚和幼女身心健康。① 其侵害对象为不满14周岁的幼女。更为确切的说,本罪的行为对象是未满14周岁的卖淫幼女。那么,我们应当如何理解这一特殊行为对象?

前文已述,我国1979年《刑法》并未规定嫖宿幼女罪,嫖宿不满14周岁的幼女的,依照刑法关于强奸罪的规定处罚;1997年修订刑法时,单独设立了嫖宿幼女罪,并设置了较强奸罪(奸淫幼女)为轻的刑罚。新刑法为什么会作出如此规定?可以说这与嫖宿幼女罪的对象——卖淫幼女密不可分。根据社会历来观念以及较为狭义的看法,卖淫是以谋取物质性利益为目的,与不特定或多数的异性发生性交的淫乱活动,是为社会所唾弃的行为。正因如此,有不少学者认为,在嫖宿幼女的场合,幼女多是自愿,甚至是主动进行的。换言之,嫖宿行为的实施,被害幼女自身也有一定的过错,且双方存在金钱偿付关系。相较强奸(奸淫幼女)而言,行为人的主观恶性也较小,所以嫖宿幼女的社会危害性不如奸淫幼女型强奸,对嫖宿幼女罪规定较轻的刑罚,理所应当。据此标准,本案中,贵州习水嫖宿幼女案中国家公职人员的行为是否成立嫖宿幼女罪,也需要考虑到其行为对象是单纯的幼女还是卖淫幼女。而这一点,从本案的相关事实来看,显然是属于后者。

2. 嫖宿幼女罪的行为方式问题

嫖宿幼女罪的客观方面表现为实施了嫖宿不满14周岁幼女的行为。由于这一罪状属于简单罪状,因此,要明确嫖宿幼女罪的构成特征,必须明确"嫖宿"的含义。

对于"嫖宿",刑法理论上主要有广义说和狭义说两种不同的主张。广义说认为,嫖宿幼女不仅包括行为人直接与卖淫幼女发生性交的情形,甚至还包括类似性交(如肛交)和猥亵的情形。例如,有学者认为,"所谓嫖宿,是指以支付报酬为代价与卖淫幼女发生的性行为。性行为包括性交和其他方式的性淫乱活动,无论行为人与幼女发生的是何种方式的性行为,都视为嫖宿。"②还有学者认为,"嫖宿幼女,是指以交付金钱或者其他财物为代价,与卖淫幼女发生性交或者从事其他猥亵活动。"③狭义说则认为,嫖宿幼女仅指行为人与卖淫幼女发生性交的行为。例如,有学者认为,"嫖宿,这里系指行为人与不满14周岁的卖淫幼女发生性行为。"④那么,究竟哪一种观点更为可取呢?

---

① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第676页。

② 王作富主编:《刑法分则实务研究》(下册),中国方正出版社2001年版,第1606页。

③ 张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第888页。

④ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第676页。

在笔者看来,狭义说的主张更为可取。首先,根据《现代汉语词典》的解释,嫖宿是指"嫖妓(强调在一起过夜)"①,即嫖的同时还要过夜。如果完全依照这种解释,认为只有既嫖又宿的行为,才是嫖宿幼女,只嫖不宿的行为,不是嫖宿幼女,这与社会历来观念不符,难以令人信服。简言之,"嫖宿"重在"嫖",而不在"宿"。这正如有学者所说,既然在所有的性犯罪里,都没有一个"同奸淫对象晚上一起睡觉"的构成要件,那么本罪也完全没有可能成为例外。因此,嫖宿幼女中的"嫖宿",实等同于"嫖","宿"字实际上已经成为一个辅助音节,并不具有实质意义。② 其次,根据《现代汉语词典》的解释,嫖是指"男子玩弄妓女"③。按此解释,性交、类似性交以及猥亵等行为,都可以认为是玩弄,都可归之于"嫖"。但是,实践中嫖娼是与卖淫相对的概念,二者总是相伴而存在的,因此,我们还必须通过明确卖淫的含义来界定"嫖"。"淫",通常是指不正当的男女关系,其中心意思是指性交。虽然随着社会观念的变化,在部分国家和地区,一些类似性交的行为(如肛交等),也被认为是性交。但在我国,社会历来观念都将卖淫嫖娼定位为"性交"。由此可见,卖淫的方式应是:提供性交服务。相应的,嫖宿的方式就是接受性交服务。

3. 嫖宿幼女罪的明知问题

根据我国刑法的规定,嫖宿幼女罪在主观方面表现为故意,即明知嫖宿的对象是不满14周岁的幼女,而有意去嫖宿。

需要指出的是,嫖宿幼女罪在主观方面是否必须以"明知"为构成要件?学者间有着不同的主张。一种观点认为,嫖宿幼女罪不以"明知"为条件,只能以客观年龄为标准,只要行为人嫖宿了不满14周岁的幼女,无论其主观认识如何,都构成嫖宿幼女罪。其理由主要有:(1) 我国刑法分则对哪些犯罪须以"明知"为条件是有明确规定的,如洗钱罪、重婚罪和传播性病罪等。而刑法分则对嫖宿幼女罪并未规定"明知"条件,如果肯定该条件为构成本罪所必需,则是缺乏法律依据的。(2) 不以"明知"为条件,同我国刑法对幼女进行特殊保护的立法精神相一致,如果以"明知"被害人为幼女作为嫖宿幼女罪的要件,在司法实践中容易为犯罪分子提供逃避惩罚的理由,往往会使被告人逃脱惩罚,这将不利于法律对幼女的特别保护。(3) 行为人主观上具有嫖宿的故意,客观上实施了嫖宿行为,这就足以表明行为人对自己的嫖宿行为存在主观罪过,至于行为人确实不知对方是幼女,只是对象认识错误问题,其行为对幼女的身心健康已造成了实际的伤害,应当定罪处罚。另一种观点认为,嫖宿幼女罪的构成必须以"明知"对方是未满14周岁的幼女为必要,其理由主要有:(1) 以"明知"为条件符合刑法中主客观相统一的基本原则,如果行为人在确实不知对方是不满14周岁的幼女的情

---

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2006年版,第1045页。
② 参见叶良芳:《存与废:嫖宿幼女罪罪名设立之审视》,载《法学》2009年第6期。
③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2006年版,第1045页。

形下而嫖宿的，就不构成嫖宿幼女罪，因为，在这种情况下行为人对自己实施的行为缺乏犯罪的故意，如果对之定罪，则违背主客观相统一原则，而致客观归罪。(2) 根据刑法总则的规定，犯罪的故意包含认识因素和意志因素两个方面。其中，认识因素就是指“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。又基于主观要件与其他要件的内在联系，明知的内容应当是指构成刑法分则规定的故意犯罪所不可缺少的危害事实，具体包括危害行为、危害结果以及与它们相联系的其他构成要件的事实如犯罪对象等。①

面对学界的激烈争论，2001 年 6 月 4 日最高人民检察院通过的《关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释》指出：“行为人知道被害人是或者可能是不满十四周岁幼女而嫖宿的，适用刑法第三百六十条第二款的规定，以嫖宿幼女罪追究刑事责任。”此处所谓“行为人知道被害人是或者可能是”幼女，就是“明知”的意思。这一“解释”自面世以来，遭到了许多学者的批判，例如，有学者认为，该“解释”违背了《刑法》第 360 条第 2 款规定的立法本意，缩小了司法机关对此罪的打击范围；该“解释”不利于司法实际操作，削弱了司法机关对嫖宿幼女罪的打击力度，放纵了罪犯，不利于有效遏制嫖宿幼女罪的滋长蔓延势头；该“解释”不利于对有不良习性的卖淫女进行挽救、感化。②

但是，在笔者看来，最高人民检察院的这一“解释”是科学合理的，嫖宿幼女罪在主观方面必须以“明知”为构成要件，主要理由是：这符合主客观相统一的基本原则。

在现代刑法中，“罪过与行为同时存在”是公认的一个命题，定罪量刑应当严格坚持主客观相统一的原则，行为人只有在一定的主观罪过（犯罪故意与犯罪过失）支配下实施危害社会的行为才可能构成犯罪。主观罪过是构成犯罪的必要条件。简言之，主客观相统一原则要求行为人主观上具有刑法所规定的故意或过失，嫖宿幼女罪是故意犯罪，理当要求行为人主观上具有故意的心理状态。根据我国刑法理论，故意是认识因素与意志因素的统一。那么，故意的认识因素究竟包括哪些内容？我国《刑法》第 14 条第 1 款规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”从这一规定来看，似乎故意的成立只要认识自己的行为会发生危害社会的结果即可，但事实远不是如此简单。因为某种行为是否会发生危害结果，不仅取决于行为内容，而且取决于行为的对象以及其他要素。因此，故意的认识内容应当包括：行为的内容与危害性质、行为会发生某种危害结果以及特定的时间、地点、方法、对象等。所以，成立嫖宿幼女的犯罪，必然要求行为人明知对方是幼女。因为如果没有认识到对方是幼女，就不可能明知自己的行为发生“损害幼女身心健康的结果”，也就不可能成立故意犯罪。当然，这里有两层意思，一是明确知道嫖宿

① 参见金泽刚：《认定嫖宿幼女罪的两个问题——对一起嫖宿幼女罪的法律分析》，载《河南公安高等专科学校学报》2001 年第 4 期。

② 参见周一志：《嫖宿幼女罪构成要件探讨》，载《重庆三峡学院学报》2002 年第 4 期。

对象是幼女;二为应当知道或者有可能知道嫖宿对象是幼女。不可否认,在司法实践中,行为人"明知"要件证据的获得较为困难,因为行为人往往避重就轻,声称不知道被害者是幼女。对此,我们可以结合其他证据进行推断,比如被害幼女的身体发育程度、言谈举止以及其他证人证言等,只要能够证明行为人知道被害人可能是不满14周岁的幼女,即可定罪。例如,行为人为了嫖宿,找到不满14周岁的卖淫幼女,尽管卖淫女谎称自己已经18周岁,但从她的身体发育和言谈举止上完全能看出是幼女,或者有可能看出是幼女,而行为人仍然和卖淫女发生性行为,这表明行为人对嫖宿幼女的行为持放任态度,应当构成嫖宿幼女罪。如果行为人确实不知道嫖宿对象是幼女,则不构成犯罪,但应当对其进行治安管理处罚。

另外,关于嫖宿幼女罪的主观方面还有一个重要的问题,即行为人明知的内容是否包括幼女是自愿与其进行性行为的?对此,有学者认为,行为人明知幼女是被迫卖淫而嫖宿,表明行为人具有违背幼女意志奸淫幼女的故意,应当以奸淫幼女罪论处。[①] 对此,笔者并不赞同这种主张。嫖宿行为以对方自愿、主动卖淫或者基于贫困等特定原因进行卖淫活动为前提。如果幼女不想卖淫,行为人使用强迫手段与之进行性交的,就构成强奸罪。但是,如果幼女被强迫从事卖淫活动,行为人虽然明知幼女被强迫卖淫,但只要其没有实施强迫行为,且幼女并不抗拒嫖宿行为的,依然应认定为嫖宿幼女罪,而不构成强奸罪。本案中,那些被害的少女虽然是在袁荣会的强迫下进行卖淫的,但是对于本案中的嫖宿者而言,他们并没有强迫这些幼女进行性行为,不符合强迫卖淫罪和强奸罪的强迫要求。

(三)罪刑相适应原则与贵州习水嫖宿幼女案的定性

前文已述,社会舆论普遍认为,以嫖宿幼女罪而不以强奸罪定罪会导致对被告人冯支洋等七人的轻判;甚至不少法律界人士也提出,嫖宿幼女罪的量刑幅度是5年至15年有期徒刑,而强奸罪的量刑幅度是3年有期徒刑直至死刑,所以,以嫖宿幼女罪定罪会导致量刑偏轻,不符合罪刑相适应原则。事实果真如此吗?如果本案以强奸罪(奸淫幼女)定罪,那么真的就能够给被告人带来更为严厉的惩罚吗?在笔者看来,事实并非如此,理由如下:

第一,从嫖宿幼女罪与强奸罪的法定刑配置来看,孰轻孰重,较难判断。其一,从法定最低刑来看,嫖宿幼女罪为5年有期徒刑,而强奸罪为3年有期徒刑,因而嫖宿幼女罪的法定最低刑更重;其二,从法定最高刑来看,在一般情形下,嫖宿幼女罪为15年有期徒刑,而强奸罪为10年有期徒刑,因而一般情形下嫖宿幼女罪的法定最高刑更重;但在情节严重的情况下,嫖宿幼女罪的法定最高刑不变,仍然为15年有期徒刑,而强奸罪的法定最高刑为死刑,因而总体上强奸罪的法定最高刑更重;其三,考虑到附加

① 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(下册),中国方正出版社2001年版,第1857页。

刑的适用,由于嫖宿幼女罪还要“并处罚金”,而强奸罪并未规定罚金刑,这也在一定程度上加大嫖宿幼女罪的刑罚处罚。

第二,从贵州习水“8·15”案件的案情来看,法院对被告人冯支洋等七人的量刑适当,符合罪刑相适应的刑法基本原则。实际上,在贵州习水“8·15”案件中,被告人冯支洋等七人并没有教唆被告人袁荣会等引诱、胁迫幼女卖淫,他们只是经被告人袁荣会中间介绍或邀请而嫖宿,每次当场支付嫖资,在交易过程中也并未遇到被害幼女的拒绝与反抗,而且,他们彼此之间也未共同嫖宿幼女,尚不具备现行《刑法》第236条第3款规定的“奸淫幼女多人”、“在公共场所当众强奸”、“二人以上轮奸”、“致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果”等严重情节。因此,如果以强奸罪定罪,本案很可能只能适用3年以上10年以下有期徒刑,而如果以嫖宿幼女罪定罪,则可适用5年以上15年以下有期徒刑,且要并处罚金。最终,法院分别判处被告人冯支洋有期徒刑14年,被告人陈村有期徒刑12年,被告人母明忠有期徒刑10年,被告人冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然各有期徒刑7年,这完全符合罪刑相适应的刑法基本原则。

我国有学者对此案曾有过精辟的点评:“本案的重点在于强迫卖淫罪,但舆论似乎更关注被判处嫖宿幼女罪、处刑稍轻的几名公职人员,甚至认为定罪不准、量刑太轻,认为应以强奸罪定罪,直至判处死刑,其中缘由包含了对幼弱者的同情、对公职犯罪人的愤恨和对公正司法的渴求。但从刑法专业角度看,本案的判决是客观公正的。嫖宿幼女之于强奸幼女的根本区别之一就在于是否是在双方自愿的卖淫嫖娼过程中发生性行为,如果是,不管主体是谁,都只能认定为嫖宿幼女罪。本案的判决贯彻了罪刑法定原则和主客观相统一刑事责任原则的要求,体现了对强迫幼女、少女卖淫之犯罪人的严厉惩处和对国家工作人员实施此种恶劣犯罪的适当从重处罚。幼童容易受到侵害,侵害行为对其身心健康的影响也较之成年人更为严重,因而需要在刑事政策上给予倾向性保护,但这并不能以牺牲刑法的基本原则为代价。”①

需要说明的是,贵州习水嫖宿幼女案的定性虽然符合罪刑相适应原则,但这并不意味着嫖宿幼女罪法定刑的设置就是科学合理的。一项罪名法定刑的设置是否合理,一方面要从本罪所保护客体的重大程度方面进行评价;另一方面还要将本罪和相关犯罪的法定刑进行横向比较,看其是否能够保证相关犯罪之间罪刑设置的平衡。笔者认为,就嫖宿幼女罪而言,其法定刑的设置明显失衡。一方面,如前文所述,从基本犯的处罚角度讲,嫖宿幼女罪重于奸淫幼女型强奸犯罪。但这不符合人们通常的刑罚观念,即我国社会历来认为奸淫幼女型强奸犯罪的社会危害性程度要大于嫖宿幼女罪。另一方面,现行《刑法》第236条第3款对奸淫幼女型强奸犯罪规定了加重情节的处罚,即奸淫幼女,有下列情形之一的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑:(1)奸

---

① 蒋安杰、徐伟:《著名刑法学专家赵秉志点评2009年十大刑事案件》,载《法制日报》2010年1月5日。

淫幼女情节恶劣的;(2)奸淫幼女多人的;(3)在公共场所当众奸淫幼女的;(4)二人以上轮奸的;(5)致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。而嫖宿幼女罪只有对基本犯处罚的规定,并无情节加重犯的处罚规定。因此,对于嫖宿幼女罪来说,即使出现了应当加重的情节,如嫖宿幼女情节恶劣的;嫖宿幼女多人的;在公共场所当众嫖宿幼女的;二人以上共同轮流嫖宿幼女的;嫖宿幼女致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果等情形,从罪刑法定角度讲,对此也只能在其基本犯法定刑之内从重处罚,而不能加重处罚。这在刑罚处罚上必然过于轻纵这种犯罪行为,不利于对幼女身心健康的保护。

总之,无论是嫖宿幼女罪的犯罪构成还是从罪责刑相适应原则的角度,本案对贵州习水嫖宿幼女案中有关国家公职人员的行为定性并无不妥当之处。以嫖宿幼女罪追究相关国家公职人员的行为责任,符合我国的司法正义。

六、嫖宿幼女罪、强奸罪的法条关系与嫖宿幼女罪的立法完善

法条关系解决的是不同法条之间的适用问题。本案中,由于案件事实所涉及的主要刑法条文是我国刑法关于强奸罪(奸淫幼女)和嫖宿幼女罪的规定,因此此处所阐述的法条关系主要是我国《刑法》第236条第2条和《刑法》第360条第2款之间的关系,并据此分析嫖宿幼女罪的立法完善问题。

(一)嫖宿幼女罪、强奸罪的法条关系问题

从具体犯罪的角度看,刑法分则的法条关系主要解决是不同具体犯罪之间犯罪构成的比较问题。而刑法理论上一般认为,犯罪构成,就是依照我国刑法的规定,决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一。犯罪构成是分清罪与非罪、此罪与彼罪界限的具体标准。① 从我国《刑法》第236条第2款和《刑法》第360条第2款的规定来看,要解决两者的法条关系问题,关键要解决以下四个方面的问题。

1. 法益的拷问:侵害的主要是人身权还是社会秩序?

从客体上看,嫖宿幼女罪与强奸罪侵害的主要法益是不同的。嫖宿幼女罪的法益是社会主义道德风尚和幼女身心健康。而强奸罪(奸淫幼女)的法益是幼女的身心健康。二者的区别在于嫖宿幼女罪侵犯的是双重客体,并且立法者显然认为侵犯社会道德风尚比侵犯幼女身心健康更加严重,即认为社会主义道德风尚是主要客体,幼女身心健康只是次要客体,所以将嫖宿幼女罪归入妨害社会管理秩序罪中。

对于我国刑法对两个犯罪的分类,笔者认为这是不妥当的。从作为犯罪分类基本标准之一的犯罪客体来看,嫖宿幼女和奸淫幼女侵犯的主要是无辨认和控制自己行为

---

① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第56页。

能力的未满14周岁的幼女的身心健康权利，但是，立法者却出于维护社会管理秩序和严厉打击卖淫嫖娼的考虑，将嫖宿幼女单独定罪，并将其归入组织、强迫、引诱、容留介绍卖淫罪之中，这显然没有正确反映嫖宿幼女犯罪的本质特征，难以突出嫖宿行为对幼女身心健康的侵害，因而不利于有效地保护受害幼女的身心健康发展。简言之，笔者认为，和奸淫幼女一样，嫖宿幼女侵犯的也是幼女的身心健康权利，因此，应当将这两种犯罪行为均归入侵犯人身权利犯罪，具体而言，将二者归入同一种犯罪，即强奸罪比较合适。我国有不少学者也持相同观点，认为不应将嫖宿幼女罪单独规定在妨害社会管理秩序罪一章中，而应合并到强奸罪（奸淫幼女）中。例如，有学者认为，"我国现行刑法嫖宿幼女罪是对幼女身心健康及作为社会风尚内容的幼女的性纯洁性两种法益的保护。其所保护的法益同强奸罪中奸淫幼女行为所保护的法益完全相同。"①另有学者认为，"现行刑法将嫖宿幼女罪置于妨碍社会管理秩序罪中，说明其主要客体是社会治安管理秩序，次要客体才是幼女的身心健康"，"改变了我国刑法对幼女法益保护的侧重点"，"嫖宿幼女独立成罪，体现了对卖淫幼女的一种轻视，不利于保护幼女的身心权益"。②

另外，嫖宿幼女罪和强奸罪（奸淫幼女）侵害对象均为不满14周岁的幼女。更为确切的说，认为嫖宿幼女罪的行为对象是未满14周岁的"卖淫幼女"；强奸罪（奸淫幼女）的行为对象是未满14周岁的"普通幼女"。可能正因为如此，立法将二者规定为不同的两个罪名，将嫖宿幼女单独论罪，从对象上与奸淫幼女犯罪加以区分。

但是，嫖宿幼女罪的增设，使刑法中的"幼女"明显被分为两类：一类是卖淫幼女，另一类是普通幼女，这本身蕴含着一种立法上的歧视。具体而言，嫖宿幼女罪的增设，是为了更好地维护社会管理秩序，但其却忽视了另一种重要利益的保护，即幼女的身心健康权利。作为社会的弱势群体，不管其作为普通情形下的幼女，还是作为特殊情形（卖淫）下的幼女，她们的权益都应当受到平等保护。然而，我国刑法将嫖宿幼女罪单独论罪，这是对卖淫女的一种歧视，这种立法本身就含有某种不平等的因素，这不利于在司法实践中对幼女身心健康权利的平等保护。对此，有学者更为深入地指出，"如果说强奸罪（奸淫幼女情节）之被害人无论在法律规定还是社会意识中均认为其只是单纯受害人的话，那么嫖宿幼女罪之被害人在社会意识中较之强奸罪被害人则不仅单纯具有被害人之身份。这是因为，一方面法律对犯罪行为进行评价并在为犯罪行为人贴上嫖宿幼女犯罪者'标签'之时，犯罪的被害人也被间接隐蔽地贴上'卖淫幼女'之'社会标签'（尽管并非出于法律本意）；另一方面，舆论在对嫖宿行为人罪行进行谴责的同时，也会对被害人（卖淫幼女）进行不利甚至锐利的社会评价，因为卖淫行为侵犯

① 夏冰：《对嫖宿幼女罪的否定性评价》，载《铁道警官高等专科学校学报》2006年第3期。

② 参见彭文华：《嫖宿幼女罪之罪刑辨析》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2006年第6期。

了社会道德感。这样一种弊端不仅对被害幼女(卖淫幼女)间接造成了二次伤害,还使得身心发育均未成熟的幼女在人格塑造上遇到诸多障碍,在这样的弊端下很容易造成被害幼女走向未成年人违法犯罪的深渊。因为面对公众谴责和舆论压力,我们很难期待一个未成年幼女在面对种种压力和歧视时仍具有自我调适能力。"①

2. 行为的拷问:对幼女的嫖宿与强奸有实质区别吗?

嫖宿幼女罪的客观方面,表现为实施了嫖宿不满14周岁幼女的行为。强奸罪(奸淫幼女)的客观方面,表现为与不满14周岁的幼女发生性交的行为。理论上通常认为,两者的区别在于前者要求发生在卖淫场所,有金钱或者其他财物的付出,后者则只要求和不满14周岁的幼女发生性关系。例如,有学者就明确指出,"两罪的区别关键在于是否在'卖淫嫖娼'过程中发生。在卖淫嫖娼过程中与幼女发生性行为,是嫖宿幼女罪;在其他场合与幼女发生性行为即奸淫幼女的,是强奸罪。在卖淫嫖娼过程中,卖淫幼女出于交换金钱的需要而同意发生性行为,是嫖宿幼女罪,排斥强奸罪(奸淫幼女)的适用。"②是的,嫖宿幼女罪和强奸罪中奸淫幼女的行为,在客观行为方面除了存在金钱和性的交易外,并无明显的不同。但奸淫幼女行为中也存在以物质或者其他利益诱奸幼女的情况,因此从客观行为方面而言,嫖宿幼女罪与奸淫幼女的行为没有明显区别。

此外,从犯罪客观方面来看,嫖宿幼女罪的增设使幼女性行为的"同意"被分为两类:一类是卖淫幼女的同意,这在法律上相对有效;另一类是普通幼女的同意,这在法律上绝对无效,从而导致了现行刑法在幼女意思能力的认定上出现了自相矛盾的情况。具体而言,一方面,就强奸罪(奸淫幼女)的认定而言,其最本质的特征就是"违背妇女意志"。那么,出于对幼女的特殊保护,刑法是如何将未满14周岁的幼女"自愿"与他人发生的性行为纳入强奸罪(奸淫幼女)的范畴呢?其法理基础就在于幼女"同意"的无效性。我国刑法理论认为,只有超过14周岁的人才有辨认和控制自己行为的能力,低于这个年龄,即使其自己承认是"自愿"的行为,法律也不能认为它是"自愿",因为低于这一年龄线的儿童无论生理上还是心理上均没有发育成熟,对于其行为的性质及后果缺乏必要的认识,不具有辨认和控制自己行为的能力,因而刑法硬性地否定了未满14周岁的幼女性"自愿"的有效性。也就是说,即使幼女"同意"发生性行为,也仍然认为是违背了幼女的意志,构成强奸罪(奸淫幼女)。另一方面,就嫖宿幼女罪的认定而言,其最本质的特征就是"不违背妇女意志",即嫖宿幼女行为以幼女的同意为前提,行为人是在以金钱或者其他财物为代价取得幼女"同意"的情况下与之发生性行为。这就是嫖宿幼女罪得以设立的理论基础,因为一旦违背幼女意志,就可能成立强

① 何俊鹏:《广西政法管理干部学院学报》2009年第5期。

② 参见《就贵州习水嫖宿幼女案刑法专家细说法理》,载《检察日报》2009年4月13日。

奸罪(奸淫幼女)。但如此一来就在幼女意思能力的认定上出现了自相矛盾的情况:同样是幼女的"同意",在强奸罪(奸淫幼女)中被认定为违背幼女意志,但在嫖宿幼女罪中却被认定为不违背幼女意志。

总之,从犯罪客观方面来看,嫖宿幼女罪的增设不可避免地会导致在幼女意思能力的认定上出现了自相矛盾的情况。对此,多数学者都持批判的态度,例如,有学者认为,"一方面,刑法在规定强奸(幼女)罪时预设了一个基本前提,即幼女各种器官尚未发育成熟,智能也处于增长时期,认识、思维能力和控制自己的能力都很低下,性交意愿表达无效;另一方面,在规定嫖宿幼女罪时却又全面否定了这个前提,认定以金钱或财产交易为内容的性交意愿有效,由此而减轻对行为人的处罚,可谓南辕北辙。"①另有学者认为,"由于嫖宿以幼女同意为前提,这等于赋予幼女以性意思与意志能力,于是嫖宿幼女与奸淫幼女在刑法上就体现出截然对立的观点,即前者承认幼女的意思能力与意志能力而后者否定。……在嫖宿幼女罪中,赋予幼女性意思能力与意志能力,只能说是立法上的一种极端化。"②还有学者认为,"幼女是被害人,轻易地指责某些幼女'把自己的身体当作商品进行买卖',不是被害人而是'害人者',承认幼女具有卖淫能力的理论实无立足之地。"③

3. 主体的拷问:相对刑事责任年龄人的责任如何处置?

嫖宿幼女罪的主体为年满16周岁、具备刑事责任能力的男性。强奸罪(奸淫幼女)的主体,是年满14周岁,具有刑事责任能力的男性。前文已述,在侵害对象为不满14周岁的幼女时,出于对幼女的特别保护,法律对手段并无特别限制,即行为人无论采用何种手段,只要与幼女发生了性关系,无论幼女同意与否,均符合本罪的客观方面的要件。实践中,奸淫幼女的手段既有暴力、胁迫,也有使用欺骗、引诱等手段的情况。换言之,强奸罪中奸淫幼女的手段并非只有暴力和胁迫,也可以是基于幼女"同意"的和奸行为,甚至于幼女可能是基于爱情等原因与行为人发生性行为。那么,同样是与幼女发生性关系的行为,为什么获得幼女"同意"的"嫖宿"行为其犯罪主体的刑事责任年龄要高于获得幼女"同意"的"强奸(奸淫)行为"的犯罪主体的刑事责任年龄?

综上所述,嫖宿幼女罪在主体刑事责任年龄方面违反了法律面前人人平等原则。正如有学者所说,强奸罪(奸淫幼女)的刑事责任年龄是14周岁,而嫖宿幼女罪的刑事责任年龄却是16周岁,这就意味着已满14周岁未满16周岁的人实施了嫖宿幼女的行为,不再是犯罪行为。……同样是奸淫幼女的行为,为什么以交付金钱或其他财物为代价的嫖宿行为其主体的刑事责任年龄要高于基于爱情而产生的与幼女发生性关系

---

① 李克杰:《从习水案看嫖宿幼女罪立法缺陷》,载《燕赵都市报》2009年4月11日,第2版。
② 参见彭文华:《嫖宿幼女罪之罪刑辨析》,载《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2006年第6期。
③ 冯亚东、黄维智:《论奸淫幼女罪的明知问题——兼论幼女标准的确定》,载《法学评论》2000年第2期。

行为?①

4. 明知的拷问:两罪的明知有无明显不同?

嫖宿幼女罪的主观方面表现为故意,即明知嫖宿的对象是不满14周岁的幼女,而有意去嫖宿。嫖宿幼女罪在主观方面必须以"明知"为构成要件,即行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁幼女而嫖宿的,以嫖宿幼女罪追究刑事责任。与之相同,强奸罪(奸淫幼女)的主观方面也是故意,并且具有奸淫幼女的故意内容。强奸罪(奸淫幼女)在主观方面也以"明知"为构成要件,即行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁幼女而与其发生性关系的,以强奸罪(奸淫幼女)追究刑事责任。从明知的内容上看,两罪的主要差别在于嫖宿幼女罪中,行为人需要一个对幼女是卖淫女的明知。但是,正如两罪法益的拷问一样,如果将嫖宿幼女与强奸幼女行为所侵害的主要法益界定为幼女的人身权利,那么对于幼女是否是卖淫女的明知,并不影响行为人的主观恶性。从这个角度看,对幼女是否是卖淫女的明知,并不影响明知的成立和行为人主观恶性的大小。两罪的明知并无明显的不同。

综上所述,对比嫖宿幼女罪与强奸罪(奸淫幼女)的主客观特征,我们可以得出如下结论:嫖宿幼女的行为同时完全符合奸淫幼女型的强奸罪的构成要件。事实上,如前文所述,在现行刑法颁布之前,对嫖宿幼女的行为就是以奸淫幼女型的强奸罪论处的。

(二)嫖宿幼女罪的立法完善建议

如前所述,嫖宿幼女的行为完全符合奸淫幼女型的强奸罪的构成要件。那么,为什么在1997年修订刑法时一改以奸淫幼女型的强奸罪追究嫖宿幼女行为刑事责任的模式,在第360条第2款增设了嫖宿幼女罪?对此,从相关学者的分析来看,主要有两种理解:一种是"保护论",即认为增设本罪是为了更好地保护幼女的身心健康。"嫖宿幼女的行为,极大地损害幼女的身心健康和正常发育,且对幼女的思想具有极大的腐蚀作用,使有不良习性的幼女在卖淫的泥潭中越陷越深,有的幼女被染上性病贻害终生。为了严厉打击嫖宿幼女的行为,本款将嫖宿不满14岁的幼女的行为规定为犯罪。"另一种是"区别论",即认为增设嫖宿幼女罪是鉴于奸淫的对象是卖淫幼女这一特殊情节。"明知是幼女而嫖宿的,实际上是一种奸淫幼女的行为,以奸淫幼女罪论处并无不可。但在刑法修订中,考虑到嫖宿幼女行为的特殊性,故将其规定为一个独立罪名。"这一特殊性,多数学者认为,是指"在嫖宿幼女的场合,多是幼女'自愿',甚至是在幼女主动纠缠的情况下进行的。换言之,犯罪行为的实施,受害幼女本人也有一定的过错。相比(奸淫幼女)而言,行为人的主观恶性也较小。所以对于嫖宿幼女的行为不

① 参见夏冰:《对嫖宿幼女罪的否定性评价》,载《铁道警官高等专科学校学报》2006年第3期。

加区别地按奸淫幼女罪定罪处罚，有违罪刑均衡的刑法原则。"①

从现实看，绝大多数幼女"卖淫"都是被强迫或者曾经被强迫的。即使有些幼女"卖淫"不是被强迫的，但也应推定她们在卖淫时不具有自由意志。从法理看，她们不是在卖淫，而是被强奸，是强奸犯罪的被害人，理应得到解救和帮助，否则会使她们产生对法律的抵触情绪。从法律后果来看，虽然定"嫖宿幼女罪"也可以使犯罪人受到比较严厉的处罚，但"嫖宿幼女罪"的最高刑低于奸淫幼女的强奸罪，与那些情节恶劣、后果严重的"嫖宿"幼女行为不相适应，也缺乏足够的威慑力。同时，把"嫖宿"幼女行为从强奸罪中分离出来单独立罪，造成法条竞合，制造了混乱，这种问题应该避免。

就当初增设嫖宿幼女罪的目的而言，无论是为了更好地保护幼女，还是为了与奸淫幼女型的强奸罪相区分，以更好地实现罪刑相适应，都没有达到预期的效果，反而引起了社会大众的一致批判。可以说，倘若刑法没有在奸淫幼女型的强奸罪之外另规定嫖宿幼女罪，在贵州习水"8·15"案件中，对实施了嫖宿行为的被告人冯支洋等七人会毫无疑问地认定为奸淫幼女型的强奸罪，对该案也就不可能产生如此大的争议。就在习水案件判决后不久，媒体又爆出安溪公职人员、福建安溪华侨职校校长等公职人员参与的强奸、嫖宿初中女生案在安溪法院开庭。

"对犯罪的认定，必须考虑一个社会的现实，也要考虑国民的规范意识或刑法认同感，以寻求结论的合理性"②，对贵州习水"8·15"案件的争论足以表明，对于嫖宿幼女罪的设立，公众的认同感是不高的。

在2009年的全国"两会"上，全国政协委员刘白驹就提交了《关于修订刑法，将"嫖宿幼女"按强奸罪论处的提案》，刘白驹委员在提案中指出，现行刑法中，将"嫖宿幼女"从强奸罪中排除的规定，欠缺法理基础，实际效果不好，需要修改。在笔者看来，既然该罪已经受到了社会广泛的质疑，而且事实上也不利于更好地保护幼女的身心健康权利，那么，应该以贵州习水"8·15"案作为契机，将修改或废止嫖宿幼女罪提上议事日程。但实际上，对于被嫖宿的14周岁以下幼女有无"自愿"承诺自己性行为权利之问题，答案是明确否定的，也是有法律依据的。2003年1月23日，中华人民共和国最高人民法院发布了《关于行为人不明知是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》中规定："行为人明知是不满十四周岁的幼女而与其发生性行为，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚。"这就从另一角度明确：幼女没有承诺自己性行为的权利。既然法律明确了幼女没有承诺自己性行为的权利，那么"嫖宿案"中，幼女承诺以肉体与行为人换取金钱等

① 参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社2004年版，第493页；陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第584页；叶良芳：《存与废：嫖宿幼女罪罪名设立之审视》，载《法学》2009年第6期。

② 周光权：《论刑法的公众认同》，载《中国法学》2003年第1期。

财物的"自愿"自然也是没有法律效力了。换言之,"嫖宿幼女罪"根本不应该单独存在。

为了最大限度地保持刑法的稳定,修正案模式是比较理想的选择。笔者建议将《刑法》第360条第2款修改为:"嫖宿不满十四周岁的幼女的,以强奸论处,从重处罚。"

七、结语

曾经沸沸扬扬的贵州习水公职人员嫖宿幼女案虽然尘埃落定,但并不意味着此案就此终结,更不意味着有关该案引发的相关嫖宿幼女罪和强奸罪的立法竞合问题的争论的终结。更深意义上的关于如何真正体现保护未成年幼女的合法权益的立法存废问题,一定会随着广大民众的非议而引起立法者的关注。

附录

贵州省遵义市中级人民法院刑事判决书

(2009)遵市法刑一初字第42号

公诉机关:贵州省遵义市人民检察院。

被告人袁荣会,女,1971年9月8日出生于贵州省习水县,汉族,小学文化,无业,住习水县东皇镇新华路农贸巷96号附11号。2008年9月6日因本案被刑事拘留,同年9月28日被逮捕,现羁押于遵义市公安局第二看守所。

指定辩护人向东,遵义乾锋律师事务所律师。

被告人冯支洋,男,1966年11月4日出生于贵州省习水县,汉族,大学文化,习水县第一职业高级中学教师,住习水县职高教师宿舍。2008年11月2日因本案被刑事拘留,同年12月2日被逮捕,现羁押于遵义市公安局第二看守所。

委托辩护人钱建闽,遵义大智律师事务所律师。

被告人陈林,男,1971年12月3日出生于贵州省习水县、汉族,大学文化,习水县同民镇司法所干部,住习水县东皇镇矿中路28号附13号。2008年11月15日因本案被刑事拘留,同年12月2日被逮捕,现羁押于遵义市公安局第二看守所。

委托辩护人范德会,遵义崇尚律师事务所律师。

被告人母明忠,男,1956年3月17日出生于贵州省习水县汉族,高中文化,习水县利民房地产开发公司经理,习水县第十四届人大代表,住习水县东皇镇桂花路163号附1号,2009年4月4日因本案被逮捕,现羁押于遵义市公安局第二看守所。

委托辩护人曾奇志,遵义大智律师事务所律师。

委托辩护人蒙炳松,贵阳心海律师事务所律师。

被告人冯勇,男,1970年12月30日出生于贵州省习水县,汉族,初中文化,驾驶员,住习水县东皇镇桂花路88号附20号,2008年11月18日因本案被刑事拘留,2009年4月4日被逮捕,现羁押于遵义市公安局第二看守所。

被告人李守明,男,1962年9月29日出生于贵州省习水县,汉族,高中文化,习水县移民开发办公室主任,住习水县东皇镇粮食巷6号附4号。2008年11月22日因本案被刑事拘留,同年12月2日被逮捕。现羁押于遵义市公安局第二看守所。

委托辩护人袁仲斌,昆明建纬律师事务所律师。

被告人黄永亮,男,1981年2月12日出生贵州省习水县,汉族,大学文化,习水县人事劳动和社会保障局干部,在习水县东皇镇府西路46号附38号,2008年11月8日因本案被刑事拘留,同年12月2日被逮捕。现羁押于遵义市公安局第二看守所。

委托辩护人黄启高,遵义名城律师事务所律师。

被告人陈孟然,男,1982年4月15日出生于贵州省习水县,汉族,大专文化,习水县马临工业经济区土管所副所长,住习水县东皇镇天生路文化巷农业局宿舍。2008年11月2日因本案被刑事拘留,同年12月2日被逮捕。现羁押于遵义市公安局第二看守所。

委托辩护人孙中伟,北京连纵律师事务所律师。

贵州省遵义市人民检察院以遵检刑诉(2009)第051号起诉书指控被告人袁荣会犯强迫卖淫罪,被告人冯支洋、陈村、母明忠、冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然犯嫖宿幼女罪一案,于2009年5月17日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭,因该案涉及个人隐私,依法不公开开庭审理了本案。贵州省遵义市人民检察院指派检察员梁栋、段炼、罗奕丹、代理检察员齐小军出庭支持公诉,被告人袁荣会及其辩护人向东、被告人冯支洋及其辩护人钱建闽、被告人陈村及其辩护人范德会、被告人母明忠及其辩护人曾奇志、蒙炳松、被告人冯勇、被告人李守明及其辩护人袁仲斌、被告人黄永亮及其辩护人黄启高、被告人陈孟然及其辩护人孙中伟到庭参加诉讼。现已审理终结。

贵州省遵义市人民检察院指控,2007年10月,被告人袁荣会授意刘某某、袁仕维采用威胁等手段找未成年"学生妹"到其住处卖淫,共同找钱。至2008年6月,刘某某、袁仕维以语言恐吓等手段相威胁,先后多次强行将习水县中小学生张某、肖某、范某、罗某等10人带到袁荣会位于习水县东皇镇佳和市场租住房及东皇镇新华路农贸巷96号附11号家中,由袁荣会安排冯支洋等人嫖宿。2008年5月,被告人冯支洋先后三次嫖宿了幼女张某和幼女范某,并支付了嫖资,其中一次因张某身体不适未发生性行为。2008年5月,被告人母明忠先后嫖宿了幼女肖某和幼女张某,并支付了嫖资。2008年6月,被告人陈村先后两次嫖宿了幼女范某某,并支付了嫖资,其中一次因范身体不适而未发生性行为。2008年5月一天,被告人冯勇支付人民币1 500元之后嫖宿

了幼女范某某。2008年5月一天,被告人李守明嫖宿了幼女张某,并支付了嫖资。2008年4月一天,被告人黄永亮嫖宿了幼女张某,并支付了嫖资。2008年7月一天,被告人陈孟然嫖宿了幼女张某,并支付了嫖资。被告人袁荣会的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百五十八条之规定,应当以强迫卖淫罪追究其刑事责任。被告人冯支洋、陈村、母明忠、冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百六十条第二款之规定,应当以嫖宿幼女罪追究其刑事责任。

被告人袁荣会辩称:只有容留、介绍卖淫行为,不构成强迫卖淫罪。其辩护人提出的辩护意见是:被告人袁荣会没有参与强迫他人卖淫的预谋,主观上不具有强迫卖淫的故意,其行为应属容留卖淫。

被告人冯支洋辩称:没有嫖宿幼女,在公安机关的供述是被刑讯逼供。其辩护人提出的辩护意见是:指控被告人冯支洋嫖宿范某某的证据相互矛盾,不能认定。

被告人陈村辩称:只嫖宿范某某一次,公安机关有刑讯逼供行为,检举揭发他人犯罪的线索应予查证。其辩护人提出的辩护意见是:被告人陈村并不知道范某某是未满14周岁的幼女,其行为不构成犯罪。

被告人母明忠辩称:没有嫖宿张某。其辩护人提出的辩护意见是:现有证据证明被告人母明忠仅在袁荣会家嫖宿一次,没有嫖宿张某,认定母明忠明知被害人肖某未满14周岁的证据不足。

被告人冯勇辩称:在嫖宿时范某某表明已满16岁,其行为不构成犯罪。

被告人李守明辩称:没有与张某发生性关系,不构成犯罪,公安机关有刑讯逼供行为。其辩护人提出的辩护意见是:指控的证据不能形成锁链,既不能证明李守明明知张某是幼女,也不能证明李守明与张某发生了性行为。

被告人黄永亮辩称:不知道张某是未满14周岁的幼女。其辩护人提出的辩护意见是:证明黄永亮明知张某未满14周岁的证据不足。

被告人陈孟然辩称:没有与张某发生性关系。其辩护人提出的辩护意见是:被告人陈孟然的供述属刑讯逼供,不能作为定案依据,证明陈孟然知道张某未满14周岁的证据不足。

经审理查明:

一、被告人袁荣会强迫卖淫的事实

2007年10月,被告人袁荣会认识了未成年人刘某某(女,1994年6月1日出生)和袁仕维(男,1993年3月18日出生。另案处理),袁荣会指使刘某某、袁仕维采用威胁等手段找未成年"学生妹"到其住处卖淫以谋利,袁荣会负责联系嫖客,收取嫖资后提取30%,其余70%由刘某某和袁仕维支配。2007年10月至2008年6月期间,刘某某、袁仕维以"散布隐私"、"注射毒针"、"拍裸照"等语言相威胁,多次强行将习水县中、小学女学生张某(1994年9月12日出生)、肖某(1994年5月17日出生)、范某某(1995

年5月3日出生)、罗某、罗某某、李某、王某某、袁某某、陶某某、张某等10人先后带到被告人袁荣会位于习水县东皇镇佳和市场租住房和东皇镇新华路农贸巷96号附11号家中,由袁荣会联系被告人冯支洋、母明忠等人嫖宿。

上述事实,公诉机关出示了下列证据:

1. 被害人肖某陈述:刘某某把我带到天桥一户人家,刘和袁荣会商量,袁荣会就联系嫖客。我说要走,刘某某不让我走,威胁我说:"你走了惹袁仕维生气,没有你的好处,我还要把你做的事宣传出去。"我知道袁仕维是那种偷、抢、杀都干的人,我就不敢走了。过了一会儿,袁荣会联系的嫖客来了,刘某某把我拉到一间房内,嫖客进去后,刘就把房间门关了。那个嫖客和我发生了性关系。我做了2次2人。

2. 被害人张某陈述:刘某某和袁仕维带我到袁荣会处,与袁荣会找来的男子发生了性关系。我被带去卖淫3次4人,刘某某给袁荣会讲过我的真实年龄。后来我不想干了,刘某某逼我另外找个姑娘才行。我就找了范某某,并与刘某某、袁仕维将范带到袁荣会处。

3. 被害人范某某陈述:我告诉过袁荣会自己只有13岁。袁荣会给别人介绍时也说我还是在读书的小姑娘。有一天袁荣会打电话喊一个男的来,她在电话里给那个男的说这里有个读书的小妹妹,问那个男的要不要。那个男的来后,袁荣会就把那男的带到卧室里,把我推了进去,那男的就和我发生了性关系。后袁荣会说还有一个人等着的。我说我要回家,刘某某就拉着我不准走,袁荣会、袁仕维也不准我走。我说要跟我爸讲,叫我爸报警。刘就威胁我说"你要是报警的话,你就不要想在二小读书了"。还说她天天都在二小校门口等我。当时我就哭起来了,刘某某就对我说你不要哭,等一会儿那个人来了后我们就送你回家。晚上9点半左右,一个30多岁的男子来和我发生了性关系。

4. 被害人王某某陈述:2007年的一天晚上下晚自习后,刘某某和袁仕维逼我去卖淫找钱,威胁说要注射毒针,要打我,将我带到佳和市场一家庭式旅社。袁荣会电话联系嫖客,当天晚上就有3个嫖客与我发生了性关系。第二次刘某某以把事情说出去相威胁,袁荣会堵着门不让我走。我在哭时,刘某某威胁说不会放过我,不准我哭。我共做了2次5人。事后我还写了一封信求刘某某放过我。

5. 被害人罗某陈述:2008年3、4月份的一天晚自习后,袁仕维威胁后将我带到袁荣会家,袁荣会打电话叫来一男子,并将我与男子带进房间,我吓哭了,袁荣会叫袁仕维来威胁,我害怕了就同意,男子就与我发生了性关系。这是我的第一次,流了很多血。我一共有五、六次。

6. 被害人李某某陈述:2007年12月的一天,刘某某、袁仕维以打毒针威胁我到袁荣会家,做了一个月小姐,每天刘某某都安排人守着我,不准我出袁荣会家。后我趁机逃脱。一月后碰见刘某某和袁仕维,我又被威胁带到袁荣会家做了两天,为刘和袁找

了1 500元。有一天就接了10多个客人。

7. 被害人何某陈述:我被刘某某和袁仕维威胁与一名男子发生过性关系。

8. 被害人罗某陈述:我被刘某某和袁仕维威胁带到袁荣会处,三人商量后,刘某某带我到东方大酒店,那个男子说我太小,才13岁,就没有与我发生性关系。后我回家告诉我母亲。母亲向学校反映并报案。

9. 被害人陶某某陈述:我被刘某某和袁仕维威胁后带到佳和市场袁荣会处卖淫,因袁荣会没有联系到客人才放我走。

10. 证人刘某某证言:2007年10月一天,我威胁王某某后将其带到佳和市场袁荣会家,袁联系来的嫖客与王发生了性关系。王某某不想干后,我逼王介绍了陶某某,经威胁我带陶某某到袁荣会家卖淫,但当天袁荣会没能联系到嫖客,就放回去了。2007年10月一天晚上,我和男朋友袁仕维通过威胁将袁某某带到袁荣会佳和市场处卖淫。

我与袁荣会商量时,袁荣会说可多找些学生妹来,价钱要高些。在找学生妹时,开始可以先威胁,来过一次就好带了。后来我把商量的情况给男朋友袁仕维说过。我与袁仕维通过逼、哄、骗姑娘卖淫帮我们找钱,有王某某、罗某某、李某某、张某、肖某、范某某、何某、陶某某、刘某某、袁某某等。

袁荣会问姑娘姓名、年龄、学校等情况,我都是如实说的,包括范某某在东皇二小读书,哪些姑娘不愿意,袁荣会也是知道的。嫖客基本上都是袁荣会联系的,袁荣会一般按30%分成。如果是开处,开价就是2 000元,但我只给袁荣会300元。与嫖客谈价基本上都是袁荣会,嫖客的钱多数是给袁荣会,也有给我和那些姑娘的,但次数少。我们共找了多少钱记不清了,因为次数太多了。

2008年3月份,我与袁仕维威胁罗某到袁荣会家卖淫。2008年4月份,我叫肖某去做小姐帮我找钱。后来肖某介绍张某给我,我与袁仕维将张带到袁荣会家卖淫4次。后来张某不愿再干,我逼她介绍了范某某。

肖某、张某、范某某都比较瘦,身体没有发育。

12. 证人袁仕维证言:2007年下半年,我与女朋友刘某某认识了袁荣会,当时一个朋友说袁荣会在佳和市场二楼组织小姑娘卖淫。刘某某告诉我,袁荣会让我们给她多找点读书的小姑娘,"开苞"的最好,价钱可达每人3 000元。袁荣会还对刘某某说,如果那些学生不来就威胁,这些小姑娘一怕就可以带起来了,由她负责联系嫖客。我与刘某某共带罗某某、陶某某、王某某、刘某某、何某、肖某、张某、罗某、范某某、李某、李某某等人在袁荣会家卖淫。手段有哄骗、威胁。威胁主要是刘某某,收钱也是刘某某。袁荣会按不包夜每人提30元,包夜每人提100元。

13. 被告人袁荣会供述:2007年下半年的一天,我与刘某某、袁仕维商量,由他们找姑娘来卖淫,多找些"学生妹",我提供场所并联系嫖客,提取30%的卫生费,其余的费用由他们自行处理。刘某某曾带7个女孩子来我家,但卖淫的只有4个。虽然刘某

某没有给我说这些女孩子是干什么的，但是从外表及言谈举止可看出其中一些是学生，年龄不大，都是十多岁的小姑娘，有些甚至还没有发育成熟，刘某某提起过这些女孩子是学生。客人的嫖宿费由刘某某谈，有时我也在中间帮助谈。我电话联系冯支洋、母明忠、李守明、冯勇等人来嫖娼，我曾向嫖客说过这些：女孩子是"学生妹"、"书包妹"。

14. 被告人冯支洋供述：在发生性关系之前，袁荣会讲过那个妹儿是刘某某逼迫来的。通过袁的讲话和我看到的情况判断，在袁家卖淫的姑娘是刘某某强行带去的。

15. 被害人王某某给刘某某的书信：刘某某，我真的不想再做了，我求你放过我，我已经很对不起我爸爸妈妈了，不想再做对不起他们的事了。

16. 辨认笔录记载：被告人袁荣会与幼女张某、肖某、范某某和罗某、罗某某、李某某、王某某、袁某某、陶某某、何某经过分别混杂辨认，均相互予以确认。

二、被告人冯支洋嫖宿幼女的事实

2008年5月一天晚上，被告人冯支洋应袁荣会电话邀约，到习水县东皇镇新华路农贸巷96号附11号袁荣会处嫖宿了幼女张某，支付100元。第三天晚上，冯支洋来到袁荣会处嫖宿张某，因张身体不适未发生性行为，给了张10元钱。同月另一天，冯支洋又到袁荣会处嫖宿了幼女范某某，支付100元。

上述事实，公诉机关出示了下列证据：

1. 被害人张某陈述：刘某某、袁仕维带我到袁荣会处，与袁荣会找来的男子发生了性关系。共被带去卖淫3次4人。

2. 证人刘某某证言：冯支洋与张某发生性关系后，第二次张某与两人先后发生性关系，冯支洋是第二个。第三次张某先接了一个客人后，袁荣会联系冯支洋来，但因张某不愿意而未成。

3. 被告人冯支洋供述：有一天，袁荣会打电话叫我去她家，说这个妹儿长得漂亮，叫我去玩。完事后，我问袁荣会多少钱，袁讲100元钱，我就给了袁100元钱。袁荣会拿了70元钱给刘某某。第二次去袁荣会家，袁对我说上次的妹儿又来了，去玩会儿。我进去后，那姑娘说她今天身体不舒服，我就没和她做。她向我要10元钱，我就给她了。又有一天，袁荣会打电话叫我去她家。我去后，从那个妹儿说话的声音来辨别，可以判断年龄在14至18岁左右，她的声音尖细，没有发育。袁荣会说那个妹儿是刘某某逼迫来的。

4. 被告人袁荣会供述：我电话联系冯支洋来嫖娼。我曾向嫖客说过这些女孩子是"学生妹"。

5. 辨认笔录记载：被告人袁荣会与被告人冯支洋经过混杂辨认，均相互确认；被告人冯支洋与被害人张某、范某某经过混杂辨认，均相互确认。

三、被告人陈村嫖宿幼女的事实

2008年6月一天，被告人陈村应袁荣会邀约，到袁荣会处嫖宿了幼女范某某，支付

100 元。十余天后,陈村又到袁荣会处嫖宿幼女范某某,因范某某身体不适而未发生性行为,在袁荣会的要求下,陈村支付 100 元。

上述事实,公诉机关出示了下列证据:

1. 被害人范某某陈述:袁荣会就把我推进去,喊我和那男人做。后他拿了 100 元钱给我,我给袁荣会,袁给了我 70 元钱。

2. 被告人陈村供述:2008 年 5、6 月份的一天,袁荣会打电话叫我过去玩。我去后问小姑娘多少钱,那个小姑娘说"娘娘说的 100 元钱",完事后我拿了 100 元钱给袁荣会,这个小姑娘还没有发育。

第二次袁荣会打电话给我,我去后,袁叫上次的那个姑娘进来,我看她下身有点红肿,就没和她发生关系,后我拿了 100 元钱给袁就走了。

3. 被告人袁荣会供述:陈村曾经对范某某进行嫖宿。我曾向嫖客说过这些女孩子是"学生妹"。

4. 辨认笔录记载:被告人袁荣会与被告人陈村经过混杂辨认,相互确认;被告人陈村与被害人范某某经过混杂辨认,均相互确认。

四、被告人母明忠嫖宿幼女的事实

2008 年 5 月一天,被告人母明忠应袁荣会邀约,到袁荣会处嫖宿了幼女肖某,支付 1 600 元。几天后,母明忠又在袁荣会的邀约下来到袁荣会处,嫖宿了幼女张某,支付 100 元。

上述事实,公诉机关出示了下列证据:

1. 被害人肖某陈述:刘某某把我带到一户人家,袁荣会就联系嫖客。一会儿嫖客来了。刘某某就把我拉到一间房内,嫖客进去后,刘就把房间门关了。那个嫖客和我发生关系后,拿了 1 600 元给刘某某,刘拿了 300 元给老板娘,拿了 300 元给我。

2. 证人袁仕维证言:我与女朋友刘某某先带肖某,然后是张某,最后是范某某。肖某第一次假装处女成功,得了 1 500 元。

3. 被告人母明忠供述:2008 年 5 月的一天,袁荣会打电话给我,到她家后,袁说这个姑娘是处女,要 3 000 元钱。我感觉这个姑娘身体瘦小,没有发育。发生性关系后,我拿了 1 600 元给袁荣会。半个月后,袁荣会打电话给我,我去后与张某发生了性关系。张某还没发育,说话就是小姑娘的声音。发生关系后,我拿了 100 元钱给袁荣会。

4. 被告人袁荣会供述:2008 年 3、4 月份,刘某某带肖某来我家找嫖客,我打电话给母明忠,说我家来了一个姑娘,之前没有卖过淫。母明忠来后问我要多少钱,刘说那个姑娘是第一次,要 3 000 元。母明忠进屋和那个姑娘发生了性关系。母明忠说那个姑娘不是处女,他只给 100。刘不答应,就争执起来。最后母明忠给了刘 1 600 元,刘给了我 300 元。

5. 辨认笔录记载:被告人袁荣会与被告人母明忠经过混杂辨认,均相互确认;被告人母明忠与被害人肖某、张某经过混杂辨认,均相互确认。

五、被告人冯勇嫖宿幼女的事实

2008年5月的一天,被告人冯勇应袁荣会邀约,到袁荣会处嫖宿了幼女范某某,后支付1500元。

上述事实,公诉机关出示了下列证据:

1. 被害人范某某陈述:我说要回家,刘某某拉着我不准走,袁荣会、袁仕维也不准我走,把我从门口拉回来。晚上9点半左右,一个30岁的男子就来了,我在门背后听那个男的与刘某某、袁仕维、袁荣会在商量价钱,他们从2000元说到1500元。做完事后,我听到他们几个人在争吵,那男的说我不是处女。

2. 证人刘某某证言:范某某来后,袁荣会联系的嫖客来了。事后,客人说这个姑娘不是处女,只开100元钱,叫袁荣会退钱,袁荣会没有退钱给他,他们就吵起来了。

3. 证人袁仕维证言:范某某到了袁荣会家不一会儿,提出要走,我和刘某某就哄着她,不让她走。袁多次打电话联系嫖客,到晚上11点左右,袁荣会才联系一个客人来,讲好3000,那个客人和范某某发生关系后说范不是处女,双方还争执起来。

4. 被告人冯勇供述:2008年5月初,袁荣会打电话给我讲:"我这里有个小姑娘,你要来开处不?"我到她家后,看见袁荣会和一个17岁左右的男的、一个大约16岁的女的三个坐在沙发上,老板娘问我"你要破处不?"我拿了1500元钱给袁荣会,与那小姑娘发生了性关系。那小姑娘看起来发育还没有完全。

5. 被告人袁荣会供述:2008年5月份,刘某某带范某某来我家,说是第一次卖淫。我打电话找来冯勇,刘某某与冯谈开处费,发生性关系后,冯说不是处女。刘某某与他争执起来,冯勇很不情愿地支付了1500元,我得了300元。

6. 辨认笔录记载:被告人袁荣会与被告人冯勇经过混杂辨认,均相互确认;被告人冯勇与被害人范某某经过混杂辨认,均相互确认。

六、被告人李守明嫖宿幼女的事实

2008年5月一天下午,被告人李守明应袁荣会邀约,到袁荣会处嫖宿了幼女张某,支付100元。

上述事实,公诉机关出示了下列证据:

1. 被害人张某陈述:我在袁荣会家中接过李守明。李守明个子较矮较胖。嫖宿前李在电话里问袁荣会是否有别的人,如果有人就要避开。那天发生关系后给了100元,我得了20元。

2. 被告人李守明供述:2008年5月初的一天,袁荣会打电话给我,说她那里有一个小姑娘。我去看后觉得满意,就与那个姑娘发生了性关系,事后我给了袁100元钱。那个姑娘个子矮小,完全还没有发育,五官看上去都很嫩,没有女性的生理特征。给我的感觉就是她是被强迫来卖淫的。

3. 被告人袁荣会供述:李守明来我这里嫖宿过。

4. 辨认笔录记载:被告人袁荣会与被告人李守明经过混杂辨认,均相互确认;被告人李守明与被害人张某经过混杂辨认,均相互确认。

七、被告人黄永亮嫖宿幼女的事实

2008年4月下旬的一天晚上,被告人黄永亮应袁荣会邀约,到袁荣会处嫖宿了幼女张某,支付100元。

上述事实,公诉机关出示了下列证据:

1. 被告人黄永亮供述:2008年4月下旬一天晚上10点左右,袁荣会打我的电话说她那里有个小姑娘,有点漂亮,叫我去玩。我去了后与那个姑娘发生了性关系,给了100元。那个姑娘从长相看是个小姑娘,发育不全。

2. 被告人袁荣会供述:黄永亮曾与张某发生过性关系。

3. 辨认笔录记载:被告人袁荣会经过混杂辨认,确认黄永亮来嫖宿过张某。

4. 辨认笔录记载:被害人张某经过混杂辨认,确认与黄永亮发生过性关系。

八、被告人陈孟然嫖宿幼女的事实

2008年7月一天晚上,被告人陈孟然与刘某某电话联系后,将幼女张某带到习水县东方大酒店嫖宿,支付100元。

上述事实,公诉机关出示了下列证据:

1. 被害人张某陈述:2008年上学期领成绩通知书的那天晚上,刘某某与袁仕维将我叫出学校后,来了一辆黑色轿车。开车男子问我是不是处女,我说是。又问我多少岁,我说15岁。因为之前卖淫时袁荣会给我说年龄讲小了,男人就不敢做事了。后到了东方酒店,男子再次问我是不是处女,我说不是。男子就说100元。随即发生了性关系。

2. 被告人陈孟然供述:2008年7月的一天,刘某某打电话约我见面后,刘说那个姑娘是第一次,问我要不,要就是1000元。我就给她讲成400元包夜。因张某承认不是处女,就只付了100元。张是个小姑娘,没有发育。

3. 辨认笔录记载:被告人袁荣会与被告人陈孟然经过混杂辨认,均相互确认;被告人陈孟然与被害人张某经过混杂辨认,均相互确认。

同时查明,案发后,被告人毋明忠向公安机关提供线索,协助公安机关抓获了被告人李守明。

此外,公诉机关还出示了下列综合证据,证明案件来源、侦破情况和各被告人归案过程等事实:

1. 接受刑事案件登记表、立案决定书、破案报告。

2. 被强迫卖淫女学生户籍证明及学校证明,证实除何某外,其余被害人均系未成年中小学生,其中肖某、张某、范某某不满14周岁。

3. 搜查证、搜查笔录、现场勘验检查工作记录、现场方位图、平面图、照片、扣押物品清单。

上列证据均经庭审举证、质证,查证属实,本院予以确认。

对于被告人袁荣会所提“只有容留、介绍卖淫行为,不构成强迫卖淫罪”的辩解理由及其辩护人所提“袁荣会主观上不具有强迫卖淫的故意,其行为应属容留卖淫”的辩护意见,经查,认定被告人袁荣会指使未成年人刘某某、袁仕维采用威胁欺骗手段强迫张某等多名幼女、少女卖淫的证据有证人刘某某、袁仕维的证言,有多名被害人的陈述以及被告人冯支洋、冯勇、李守明的供述。上述证据能相互印证,形成证据锁链。被告人袁荣会强迫卖淫的犯罪事实清楚,证据确实、充分。故此辩解理由和辩护意见与本院查明的事实不符,本院不予采纳。

对于被告人冯支洋所提“没有嫖宿幼女”的辩解理由及其辩护人所提“指控被告人冯支洋嫖宿范某某的证据相互矛盾,不能认定”的辩护意见,经查,认定被告人冯支洋嫖宿幼女张某、范某某的证据有被告人冯支洋、袁荣会的供述、证人刘某某的证言以及被害人张某、范某某的陈述及辨认笔录。上述证据能相互印证,足以认定。故此辩解理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人陈村所提“只嫖宿范某某一次”的辩解理由及其辩护人所提“陈村并不知道范某某是未满14周岁的幼女,其行为不构成犯罪”的辩护意见,经查,认定被告人陈村嫖宿幼女范某某的证据有被告人陈村、袁荣会的供述、被害人范某某的陈述以及证人刘某某的证言和辨认笔录。上述证据能相互印证,足以认定。被告人陈村供认“这个小姑娘还没有发育”,其应当知道嫖宿对象可能是不满14周岁的幼女。故此辩解理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人母明忠及其辩护人所提“没有嫖宿张某”的辩解理由和辩护意见,经查,认定被告人母明忠嫖宿幼女张某的证据有被告人母明忠、袁荣会的供述、证人袁仕维的证言和辨认笔录以及被害人张某的辨认笔录。上述证据能相互印证、足以认定。故此辩解理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人冯勇所提“在嫖宿时范某某表明已满16岁,其行为不构成犯罪”的辩解理由,经查,认定被告人冯勇嫖宿幼女范某某的证据有被告人冯勇、袁荣会的供述、被害人范某某的陈述以及证人刘某某、袁仕维的证言和辨认笔录。上述证据能相互印证,足以认定。被告人冯勇供认“那个小姑娘看起来发育还没有完全”,其应当知道嫖宿对象可能是不满14周岁的幼女。故此辩解理由不能成立,本院不予采纳。

对于被告人李守明所提“没有与张某发生性关系,不构成犯罪”的辩解理由及其辩护人所提“指控的证据不能形成锁链,既不能证明李守明明知张某是幼女,也不能证明李守明与张某发生了性行为”的辩护意见,经查,认定被告人李守明嫖宿幼女张某的证据有被告人李守明、袁荣会的供述,有被害人张某的陈述和辨认笔录。上述证据能相互印证,足以认定。故此辩解理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人黄永亮及其辩护人所提“不知道张某是未满14周岁的幼女”的辩解理

由和辩护意见,经查,认定被告人黄永亮嫖宿幼女张某的证据有被告人黄永亮、袁荣会的供述、被害人张某的辨认笔录以及被告人袁荣会的辨认笔录。上述证据能相互印证,足以认定。被告人黄永亮供认"那小姑娘胸部平坦,发育不全",其应当知道嫖宿对象可能是不满14周岁的幼女。故此辩解理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人陈孟然所提"没有与张某发生性关系"的辩解理由及其辩护人所提"证明陈孟然知道张某未满14周岁的证据不足"的辩护意见,经查,认定被告人陈孟然嫖宿幼女张某的证据有被告人陈孟然的供述、被害人张某的陈述以及被告人陈孟然与被害人张某的辨认笔录。上述证据能相互印证,足以认定。被告人陈孟然供认"张是个小姑娘,没有发育",其应当知道嫖宿对象可能是不满14周岁的幼女。故此辩解理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人陈村所提"检举揭发他人的犯罪线索应予查证"的辩解理由,经查,习水县公安局出具情况说明证实,经过调查,被告人陈村检举他人的犯罪线索无法查实。因此,被告人陈村的检举行为不构成立功。

对于被告人冯支洋、陈村、李守明以及陈孟然的辩护人所提"公安机关有刑讯逼供行为"的辩解理由和辩护意见,经查,习水县人民检察院经过调查,没有发现公安机关办案人员存在刑讯逼供和违法取证现象;本案被告人羁押地看守所体检笔录和登记表记载:经看守所体格检查,本案八名被告人无体表外伤,神志清楚,四肢活动自如。故此辩解理由和辩护意见不能成立,本院不予采纳。

本院认为,被告人袁荣会以赢利为目的,指使、教唆未成年人采取威胁手段,实施精神强制,迫使他人卖淫,其行为已构成强迫卖淫罪。袁荣会先后强迫10名中、小学女学生多次卖淫,其中3名为不满14周岁的幼女,并教唆不满18周岁的人犯罪,犯罪情节特别严重,社会危害性大,依法应当从重处罚。被告人冯支洋、陈村、母明忠、冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然嫖宿不满14周岁的幼女并支付嫖资,其行为均已构成嫖宿幼女罪。公诉机关指控的事实和罪名成立,本院予以确认。被告人冯支洋、陈村、李守明、黄永亮、陈孟然身为国家工作人员,知法犯法,其犯罪行为严重侵害幼女身心健康和社会管理秩序,犯罪情节恶劣,危害后果严重,严重败坏了国家工作人员的声誉,社会影响极坏。其中,冯支洋嫖宿幼女二人三次;陈村嫖宿幼女一人二次;母明忠嫖宿幼女二人二次;冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然分别嫖宿幼女一人一次,均应依法惩处。被告人母明忠协助公安机关抓获被告人李守明,具有立功表现,可依法从轻处罚。根据本案各被告人的犯罪事实、性质、情节和社会危害程度,依照《中华人民共和国刑法》第358第1款第(二)项、第(三)项、第2款、第360条第2款、第29条第1款、第55条第1款、第56条第1款、第57条第1款、第68条第1款之规定,判决如下:

一、被告人袁荣会犯强迫卖淫罪,判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;

被告人冯支洋犯嫖宿幼女罪，判处有期徒刑14年，剥夺政治权利4年，并处罚金人民币15 000元；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。即自2008年11月2日起至2022年11月1日止）

三、被告人陈村犯嫖宿幼女罪，判处有期徒刑12年，剥夺政治权利2年，并处罚金人民币12 000元；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。即自2008年11月15日起至2020年11月14日止）。

四、被告人毋明忠犯嫖宿幼女罪，判处有期徒刑10年，并处罚金人民币1万元；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。即自2009年4月4日起至2019年4月3日止）

五、被告人冯勇犯嫖宿幼女罪，判处有期徒刑7年，并处罚金人民币7 000元；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。即自2008年11月18日起至2015年11月17日止）

六、被告人李守明犯嫖宿幼女罪，判处有期徒刑7年，并处罚金人民币7 000元；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。即自2008年11月22日起至2015年11月21日止）

七、被告人黄永亮犯嫖宿幼女罪，判处有期徒刑7年，并处罚金人民币7 000元；

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。即自2008年11月8日起至2015年11月7日止）

八、被告人陈孟然犯嫖宿幼女罪，判处有期徒刑7年，并处罚金人民币7 000元。

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。即自2008年11月2日起至2015年11月1日止）

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起十日内，通过本院或者直接向贵州省高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审 判 长　罗兴龙
审 判 员　田向东
审 判 员　张海波
2009年7月×日
书 记 员　冯　宇

（六）贪污贿赂罪

郑筱萸受贿案法理研究

刘　雷*

一、选案理由

郑筱萸受贿、玩忽职守一案是2007年度我国反腐败工作中查处的一起重大受贿罪案件。郑筱萸原系国家食品药品监督管理局局长，在1997年至2006年1月间，利用职务便利，共受贿649万余元，在工作中严重不负责任，玩忽职守，造成严重后果，致使国家和人民群众生命财产安全遭受重大损失。郑筱萸案件是我国近年来一起重大的腐败案件，对我国的司法工作和反腐倡廉都有着很大的影响。首先，被告人郑筱萸是高级国家工作人员，负责全国医药安全的监管工作，对人民群众的切身利益有着很大的影响；其次，郑筱萸案件引起了社会各界的普遍关注，媒体、民众对郑筱萸案件进行了广泛的讨论，成为整个国家2007年反腐败的一件大事；最后，郑筱萸案件在法学界也产生了一些值得讨论和研究的问题，研究这些问题对刑法理论和司法实践都有着实际的意义。对此个案进行研究的意义在于，在深入推进改革开放和进一步建立完善社会主义市场经济体制新形势下的当代中国，腐败问题一直是国人关注的焦点，而贿赂犯罪，作为腐败的极端表现形式之一，却并未得到有效遏制，且有多发之势，不仅败坏了党风、政风，而且破坏了社会主义市场经济秩序，损害了国家、社会和人民群众的切身利益，具有极大的社会危害性。受贿犯罪是最常见多发的一种腐败犯罪，也是一种比较复杂的犯罪，是典型的侵犯国家工作人员职务廉洁性的犯罪，这种犯罪严重毒化社会风气，败坏党和政府的声誉，人民群众对此深恶痛绝，历来是我国刑法打击的重点，特别是在我们反腐倡廉、严惩腐败的今天，受贿罪更是重点惩处的对象之一。当前，随着我国经济体制改革的深入、对外开放的进一步扩大，受贿案件呈现出形式多样化、行为人手段越来越狡猾以及行为越来越隐蔽的趋势，造成不少案件查处的难度越来越大，证据收集、确定非常困难，致使对这类犯罪打击不力，影响了反腐败的深入开展。随着

* 北京外国语大学人事处干部，刑法学硕士。

受贿罪中新的疑难争议问题日益增多，实践中出现的问题日益严峻。因而，对类似郑筱萸案件这种典型的受贿案件进行深入研究是很有必要的。

二、基本案情

被告人郑筱萸，男，62岁(1944年12月10日出生)，汉族，出生地福建省福州市，大学文化，原系国家食品药品监督管理局局长，曾任国家医药管理局局长、国家药品监督管理局局长。因涉嫌受贿罪于2007年3月10日被逮捕。

2007年4月27日，北京市人民检察院第一分院以被告人郑筱萸犯受贿罪、玩忽职守罪向北京市中级人民法院提起公诉。一审判决书认定：

1997年6月至2006年12月，被告人郑筱萸利用担任国家医药管理局、国家药品监督管理局、国家食品药品监督管理局局长的职务便利，接受请托，为双鸽集团公司、康裕制药有限公司等8家制药企业谋取利益，直接或者间接通过其妻刘耐雪、其子郑海榕非法收受上述企业给予的人民币500.3146万元、港币100万元、美元3万元及奥迪牌小轿车一辆，共折合人民币649.8158万元。具体如下：

1999年10月至2003年8月间，被告人郑筱萸利用职务便利，为双鸽集团下属公司申报的一次性无菌注射器和一次性使用输液器办理医疗器械注册证的审批提供帮助，并签署同意其下属公司申报的24种药品的生产与注册。1997年6月至2005年12月，郑筱萸通过其妻子刘耐雪收受该公司负责人以顾问费、入股分红的名义给予的人民币33.16万元；2002年，郑筱萸通过郑海榕在上海收受该公司负责人给予的人民币17万元，用于房屋首付款；2005年1月至2006年5月，郑筱萸通过郑海榕在上海收受该公司负责人以股份权益名义给予的人民币25万元用于购买房屋。以上共计人民币292.91万元。

2000年7月，被告人郑筱萸利用担任国家药监局局长职务的便利，为浙江康裕制药公司“人工合成盐酸麻黄碱”研制项目的审批事宜提供帮助。为此，郑筱萸于2001年4月通过郑海榕在香港收受该公司负责人给予的100万港元，折合人民币105.53万元。

2002年至2003年9月间，被告人郑筱萸利用职务便利，为北京市某药物研究所的审批提供帮助，并签批同意北京某研究所申报的“注射用清开灵”的注册。2002年6月至2006年1月，郑筱萸通过刘耐雪先后收受该研究所负责人给予的人民币104.4046万元，分别用于支付以郑海榕名义购买的北京市某小区的一套别墅的首付款、银行按揭贷款、装修费、购买家具等。

1999年底至2003年10月间，被告人郑筱萸利用职务便利，为广东某公司及其下属公司在办理进口化学药品原料“盐酸纳洛酮”、申请成为药品零售跨省连锁试点企业、办理《药品经营许可证》等事宜提供帮助。2000年6月至2006年12月，郑筱萸通过郑海榕收受该公司负责人每月以资助名义给予的人民币1万元，共计人民币73万元；2005年上半年，郑筱萸通过郑海榕收受该公司负责人给予的人民币25万元。以上

共计人民币98万元。

2004年3月至11月间,被告人郑筱萸利用职务便利,在山东某制药厂起诉国家食品药品监督管理局的行政诉讼中,接受北京某中医研究所负责人的请托,为被列为第三被告人的该研究所和汕头另一某制药公司获得“湿润烧伤膏”的生产批号提供帮助。为此,郑筱萸于2004年3月在其办公室内,收受该研究所负责人给予的2万美元,折合人民币16.5542万元。

2004年3月至9月间,被告人郑筱萸利用职务便利,为中华茂祥集团有限公司申报的“重组人干扰素2a凝胶”的注册审批提供帮助,并签批同意其下属公司申报的“注射用苦参素”、“流行性感冒裂解疫苗”的注册。2003年7月至2005年3月间,收受该公司负责人给予的人民币共计12万元。

2004年6月至2005年3月间,被告人郑筱萸利用担任国家食品药品监督管理局局长职务上的便利,为海南普利制药有限公司申报的“注射用盐酸曲马多”、“注射用乙酰谷酰胺”等药品的注册审批提供帮助,并签署同意该公司申报的“注射用尼莫地平”等6种药品的注册。2001年至2005年间,先后多次收受该公司负责人给予的人民币11.5万元。

2002年6月,被告人郑筱萸利用职务便利,为咸阳步长制药公司申报的“脑心通胶囊”从地方标准升为国家标准提供帮助,并在其办公室内收受该公司负责人给予的1万美元,折合人民币8.277万元。

另外,被告人郑筱萸还以玩忽职守罪被起诉。

三、裁判要旨

一审判决认为,被告人身为国家工作人员,利用职务便利,为他人谋取利益,收受他人财物,其行为已构成受贿罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;被告人对涉及国计民生的药品安全监管工作严重不负责任,不认真履行职责,致使国家和人民的利益遭受重大损失,其行为已经构成玩忽职守罪。犯玩忽职守罪,判处有期徒刑7年,决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收全部财产。同时,在案扣押的款项依法上缴国库。被告人不服判决,提出上诉。

二审法院认为,一审法院根据被告人犯罪的事实、性质及其对于社会的危害程度依法所作出的判决,事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,应予支持。控方出庭意见正确。据此,二审法院作出裁定:驳回被告人的上诉,维持原判。

四、引发的理论问题

本案属于受贿犯罪适用死刑的案例,受贿罪的死刑问题一直是刑法学界研究的热

点问题，一些符合现阶段受贿犯罪现象特点的因素在本案中有很典型的表现，为我们研究受贿罪的认定、受贿罪的裁量以及受贿罪死刑的限制和废止提供了典型的案例。笔者认为，对于本案而言，有以下几个问题是非常值得研究的。

1. 受贿罪的司法认定问题。从司法实践来看，受贿罪的犯罪形式呈现出一种多样化、智能化的特点。以合法形式掩盖其非法目的的受贿活动层出不穷，犯罪人以收受股份、干股形式的受贿，以亲属收受贿赂的受贿，以买房、装修提供贿赂等众多行为方式进行受贿犯罪活动，手段的多样化是受贿犯罪特点的一个重要趋势，这个特点在本案中也非常突出。就本案而言，需要研究的认定问题主要有以下三个：首先，提供投资机会是否可以认定为贿赂。我国刑法规定受贿罪的对象仅限于财物，各种司法解释扩大到可以进行金钱估价的财物，那么投资机会是否能成为受贿罪的犯罪对象是一个需要探讨的问题。其次，“家庭型”共同受贿是本案的又一特征。在家庭型受贿犯罪中，主观上共同故意的认定一直是刑法学界和司法实务中的一个难点问题，在本案的认定和处理中也出现了一些争议，关于“家庭型”受贿犯罪的主观故意的认定问题，本文将予以一定的探讨。第三，国家工作人员离职后收受贿赂的认定问题。这个问题也是研究热点，而且司法解释也有相关的规定，但是现实中还是有一些情况值得研究。

2. 受贿罪死刑的裁量。在目前条件下，完全废除受贿罪的死刑还不符合我国的社会现实和刑事政策，受贿罪的死刑在一定的历史时期内将继续存在。在保留受贿罪死刑的前提下，如何更好的把握受贿罪死刑的裁量标准，是更好限制死刑和控制死刑的必然选择，也是一个务实的选择。但是，目前关于受贿罪的死刑裁量标准还存在一些问题，导致裁量标准混乱，司法不统一的现象还是会出现。在本案中，辩护人也提出了受贿罪的司法统一问题，可见这一问题有多么重要。现阶段的受贿罪的死刑裁量的主要问题是，一是如何明确受贿数额在死刑裁量中的地位和作用；二是如何明确“情节特别严重”的具体标准；三是如何认定受贿罪中其他裁量情节。这三个因素构成了受贿罪死刑裁量的主要方面，也是受贿罪死刑裁量的主要标准。

3. 受贿罪的立法问题。根据本案的分析，受贿罪的立法主要有两个层次上的问题，一是受贿罪的死刑改革问题，存在废除论和保留论的争议；二是受贿罪保留死刑情况下如何完善受贿的刑罚的问题。

首先，受贿罪是一种比较复杂的犯罪，在我国严厉打击腐败犯罪的今天，受贿是重点惩处的犯罪行为。关于受贿罪，我国 1979 年第一部《刑法》第 185 条规定：”国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役……致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处 5 年以上有期徒刑。”据此，法律规定的最高刑为 5 年以上有期徒刑，没有无期徒刑和死刑的设置。然而由于索贿受贿等经济犯罪活动的猖獗，1982 年，全国人大常委会在《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中对 1979 年《刑法》规定的受贿罪作了修订：“国家工作人员索取、收受贿赂的，比照《刑法》第 155

条贪污罪论处;情节特别严重的,处无期徒刑或者死刑。”至此,刑法将受贿罪的法定最高刑提升为死刑,反映出立法者通过加重受贿罪的刑罚以适应惩治受贿犯罪的立法意图。1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》和 1997 年《刑法》虽然都对受贿罪作了一些修订,但是关于法定最高刑都维持了死刑的设置。受贿罪增设死刑,是为了震慑职务犯罪,严惩腐败,其初衷无可厚非,但是从死刑设置的正当性和死刑发展的国际趋势来看,有认真反思和检讨的必要。

其次,关于受贿罪的刑罚完善,我国现行《刑法》规定的受贿罪的刑罚存在很多问题,如数额标准严重滞后、与贪污罪同一法定刑缺乏科学性以及量刑标准很不规范等。在保留受贿罪死刑的前提下,完善受贿罪的刑罚体系,扩大生刑的适用范围和努力改善刑罚适用效果就成为限制死刑的一个非常重要的方面,受贿罪的刑罚完善也是最终废止受贿罪死刑的必要准备和过渡实践。受贿罪的刑罚改革除了严格死刑的裁量标准之外,还应该完善有期徒刑的规定,使之更好地与死刑替代衔接;其次,设立罚金刑,同财产刑相配合,针对受贿罪的贪利动机,以期发挥更大的预防作用;最后,资格刑的扩大适用也是有效遏制受贿犯罪的有效手段之一。

五、受贿罪的司法认定问题

(一) 受贿罪的对象问题

受贿罪的对象问题是受贿罪研究的具有动态发展性的问题,因为随着社会经济生活的进步,人的需求也是越来越多样化,越来越有更多的贿赂可以成为受贿罪的对象。在本案中,控辩双方针对投资分红所得财物的性质问题进行了争论。笔者对这一问题尝试作一些分析。

在本案中,被告人郑筱萸之妻刘耐雪以其子郑海榕名义为双鸽集团峰峰塑料制品厂的针头车间入股分红,所得红利 22.8 万元。辩方认为,投资参加入股分红是一项投资行为,投资是存在一定风险的。而我国《刑法》第 385 条所规定的受贿罪客观方面的行为要件之一是收受他人的“财物”,财物应当是仅限于金钱或者可以用金钱计算出来的物质,对于无法用金钱计算出来的东西,无论是物质性利益还是非物质性利益,均不应当是“财物”的范围。本案中被告人之妻刘耐雪收受的只是一个投资机会,投资机会是一种带有风险的利益,无法用金钱衡量,显然不能认定是受贿罪中所要求的“财物”范畴。郑海榕在 2002 年 6 月至 2006 年 12 月收受广东康力医药有限公司每月人民币 1 万元的工资,共计 70 余万元。在本案审理过程中,控辩双方对工资、入股分红等名义的收入是否认定为受贿数额产生了争议。这里反映出在我国目前的经济生活中存在的一个普遍的现象,就是国家工作人员在工作中介于合法收入和非法收入之间一种“灰色收入”。其特征是既非明显的违纪违法,但也不是政策明文许可的收入,或者是以合法的形式行受贿之实。对于此类非金钱形式的利益是否可以作为受贿罪的犯罪

对象,在我国刑法学界存在较大的争议。

1. 国外刑法理论受贿罪犯罪对象

在国外刑法理论中对如何界定贿赂的问题,存在以下三种看法:

其一是金钱估价说,它是从量刑角度出发,把贿赂目的物仅仅限于能够用金钱来估价的物质利益。这种学说认为具有可操作性是法律必须具备的,为了能够科学、合理地对一种犯罪进行准确的量刑,作为受贿罪的犯罪对象必须具备可以精确计算的品质。如果刑法无法对一种犯罪进行量刑,就意味着刑法无法去追究这种犯罪人的刑事责任。将贿赂的内容局限于金钱可以估价的物质利益,就可以进行准确的计量,并以此为标准作为量刑的依据。而如果将贿赂范围扩大到无法用金钱衡量的利益,由于无法量化计算,也就丧失了其所对应的量刑标准,不利于司法实践。因此,与其将贿赂范围扩大致使无法用刑法去适用,还不如收缩贿赂范围,将贿赂限定在可被金钱量化衡量的范围内,并以此来追究犯罪人的刑事责任。

其二是有形利益说,它是把贿赂看成有形的或者物质上的利益。但所谓有形的或者物质上的利益是广义的,不要求这种利益能够用金钱来估价。这种观点认为,贿赂不仅仅包括金钱和可以用金钱折算的物品及利益,而且包括某些难以用金钱来估算的利益,如提供住房、实物招待、无偿劳动、免费旅游、给予紧俏商品指标、设立股权、给予职位和荣誉等,都属于贿赂的范围之内。这种学说是在金钱估价说的基础之上,进一步扩大了贿赂的范围。其依据是,随着社会经济的发展,贿赂形式越来越多样化,贿赂的内容也越来越丰富,如果仅仅将贿赂局限于可以用金钱估价的物质利益,无疑就会放纵犯罪,同时也不利于同贿赂犯罪作有效的斗争。因此,为了适应贿赂犯罪的发展形势,将现在出现的越来越多的、无法用金钱衡量的利益纳入贿赂的范围之内,是势在必行的。现实中,有大陆法系国家在其国内立法中采用有形利益说的观点,如《德国刑法典》、《奥地利刑法典》以及《意大利刑法》等,也有英美法系国家在其国内立法中采用有形利益说的观点,如《英国 1889 公共机构贿赂法》、《美国刑法典》等。

其三是需要说,它是把凡是能够满足人的需要的一切有形的或者无形的利益,都看成是贿赂的内容。简言之,就是贿赂既包括财物和财产性利益,也包括非财产性利益。如招工、招干、提职晋级、迁移户口、安排子女留学、调换优越工种、办理出境签证,甚至提供女色、观看演出、满足虚荣心等,都属于贿赂的范围之内。这种学说其实是对贿赂作了最大化解释,将有形、无形利益统统纳入贿赂的范围之内。这种学说认为贿赂其实就是为了要满足受贿人的需求,至于这种需求是什么,则在所不问。也就是说,只要能够满足受贿人的需求,无论有形还是无形的利益,都应该纳入贿赂范围之内。这样,就可以防止贿赂犯罪钻法律的空子,打“擦边球”,使贿赂犯罪能够得到最大限度的遏制,正所谓“天网恢恢,疏而不漏”。现实中,需要说的理论在日本刑法理论中是较为流行的。如《日本刑事法典》认为贿赂之所得不一定限定为金钱、物品和其他财产利

益,无论有形、无形,以能满足人的需要、欲望的一切利益为范围。具体如艺伎的表演艺术、男女间不正当的性行为、公私职务的其他有利地位等,统统都被视为贿赂。[①]

综上所述,在这三种主流理论之中,金钱估价说就是将贿赂界定为金钱及可以用金钱估价的物品和利益。有形利益说则是在金钱估价说的基础之上,对贿赂作了扩大解释,即把无法用金钱衡量的某些利益也拉入贿赂的范围之中。需要说则是从人的主观角度出发,将凡满足人之需要的一切利益均纳入贿赂的范围之中。笔者以为,有形利益说所界定的贿赂范围与需要说所界定贿赂范围是非常相近的,区别只是这两种理论所依托的出发点不同而已。不过,总的来看,国外的刑法理论是更加倾向于对贿赂作较为宽泛的解释,贿赂内容的扩大也是贿赂犯罪立法的发展趋势。

2. 国内刑法学理论中贿赂犯罪对象

在国内刑法理论中对如何界定贿赂的问题,也存在以下三种看法:

其一是财物说。这种观点认为,作为受贿对象的财物,仅仅指金钱或者可以用金钱计算的财物,不包括其他利益。这种观点从财物的传统意义出发,认为财物指一切财产和物品,是具有使用价值的资产、生活用品等,主要是有形的财产和物品。[②] 刑事立法规定贿赂内容为财物,明确而具体,便于执行。如果把贿赂内容解释为包括除财物以外的其他利益,就会导致概念笼统抽象,这样会给执法和守法带来困惑,进而会混淆罪与非罪、此罪与彼罪的界限,不可避免地会导致扩大化解释的错误。[③]

其二是财产性利益说。此种观点认为,财物不仅包括金钱及其他财物,还包括其他物质性利益。首先,贿赂的内涵随着社会经济的发展也在扩大,财物通常情况下被理解成金钱,金钱是贿赂的一种主要形式,其中主要的是现金,也可以是有价证券、货币票据,如支票、汇票、股票等可以用金钱衡量的财产性利益;其次,但是,为了适应贿赂犯罪的发展情况,财物还应该被进一步扩大解释为财产性利益,如债权的设立、债务的免除、酒席招待、免费旅游等,这些利益之所以能成为贿赂是因为它与财物本身有着密不可分的联系,也即这些利益之所以为贿赂是因为其是以财物存在为根本之条件[④];再次,受贿罪是一种渎职犯罪,其危害程度主要取决于国家机关的正常活动和信誉以及国家、集体、公民利益损害程度,至于贿赂的数量,不能在主要方面反映受贿行为的整个危害程度。[⑤]

其三是利益说。该说认为,凡是能够满足人的物质或精神需求的一切有形的或者无形的、物质或者非物质、财产或者非财产的利益,都是受贿罪的犯罪对象。其依据

---

① 吕继贵:《罪与罚——渎职罪的理论与实践》,上海社会科学出版社 1988 年版,第 21 页。
② 刘生容、张相军、许道敏:《贪污贿赂罪》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 124 页。
③ 肖介清:《受贿罪的定罪与量刑》,人民法院出版社 2000 年版,第 88—90 页。
④ 林亚刚主编:《贪污贿赂罪疑难问题研究》,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 127—128 页。
⑤ 赵秉志主编:《刑法争议问题研究(下)》,河南人民出版社 1996 年版,第 611—612 页。

是,贿赂不应局限于财物,但是仅仅将之扩大至财产性利益的范畴还是不够的。非财产性利益如解决住房、迁移户口、调动工作甚至性服务,同样可以成为收买公务员的手段,其具有的诱惑力往往甚于财物。同时,一些国家和地区如加拿大、意大利和我国香港特别行政区的立法就是采取此种立法例。①

3. 结论

对于受贿犯罪中财物的范围,是刑法理论中一个重要的疑难问题。财物说的主要依据是我国《刑法》第 385 条第 1 款规定:"国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物的,为他人谋取利益,是受贿罪。"可见我国刑法规定受贿罪的对象仅限于财物。这主要是由于我国刑法对贿赂罪是以数额的多少作为量刑标准的。如果将非物质利益纳入贿赂的范围内,则会导致立法和司法上无法对其进行量化。此种观点以法律规定为依托,具有可行性。但是对受贿对象规定的过于狭窄,不利于打击贿赂犯罪,也不符合贿赂犯罪发展的趋势。财产性利益说则在财物说的基础之上,对贿赂范围进行了一定程度的扩张解释,引入财产性利益,将其纳入贿赂的范围之中。在一定程度上扩大了受贿对象的范围,一定程度上符合了受贿犯罪发展的实际情况。但是将受贿对象限制于财产性利益,同样放纵了部分行为对国家工作人员职务廉洁性的侵害。综合以上各种观点:

首先,从受贿罪的本质上看,凡是能够满足受贿人物质需要和精神欲望从而换取受贿人以其职务为请托人谋取利益的一切物质性和非物质性的利益,都可以作为受贿罪的对象。因为,受贿罪的本质实际上就是权力交易,行贿人要收买公务员为自己谋取利益,并不一定要用财物。无论是财物、财产性利益还是非财产性利益,只要是受贿所需的,行贿人一旦向受贿人提供,就能够起到收买的作用,从而侵犯国家工作人员职务行为的不可收买性。另一方面,国家工作人员索取或者接受这些财物、财产性利益或者非财产性利益,也就侵害了职务行为的廉洁性。而且,从社会危害性角度来说,非财产性利益的贿赂行为其危害程度往往还大于前两种形式的受贿。因此,只要受贿行为侵害了国家职务行为廉洁性和国家职务的不可收买性,就可以构成受贿罪。②

其次,根据我国《刑法》第 387 条的规定,受贿罪的量刑情节不仅是受贿数额,还包括犯罪情节。在司法实践中不能进行量化的非物质利益,不能必然得出贿赂罪只限于财物的结论。我国刑法中存在许多不能用数额衡量的犯罪。对于接受非物质性利益行为,可以将情节的轻重作为定罪量刑的标准,进而可以解决适用上的不协调问题。③笔者认为,非财产性利益无法进行量化处理,其定罪量刑与现有的受贿罪的认定和量刑模式不能很好地结合在一起。因此,对受贿罪的情节规定需要补充完善,这样既可

---

① 于志刚主编:《多发十种受贿罪的定罪与量刑》,中国方正出版社 2001 年版,第 179 页。

② 林亚刚主编:《贪污贿赂罪疑难问题研究》,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 128—129 页。

③ 王亚宁、王勤:《受贿罪若干问题的探讨》,载《吉昌学院学报》2002 年第 1 期。

以将非财产性利益纳入贿赂的立法范围之内,又不会存在对此类犯罪无法进行处刑的尴尬了。

再次,采取利益说符合当前受贿犯罪发展的实际状况。科技的不断进步使得社会生产力达到空前的高度,经济交往形式层出不穷,花样各异。这就使得人们对利益的认识也开始转变,由以前的金钱、物品往可以由金钱评价的财产性利益以及无法由金钱评价的非财产性利益上转变。人们对什么是利益的认识伴随着经济发展达到新的高度,而在这样的经济发展演变之中,贿赂之内涵肯定也会随着人们认识的变化而变化,一步一步地从金钱、物品扩展到财产性利益直至非财产性利益。以往那种以权钱交易为主的贿赂形式也已经被这些新型的贿赂犯罪代替,传统的贿赂犯罪形式之规定已经无法涵盖今天的贿赂犯罪的众多形式,把贿赂罪的对象仅仅限于财物,是无法适应当今惩治打击贿赂犯罪需要的。所以,将贿赂之内涵不断发展是适应社会经济不断发展的必要。

但是,在现行的法律规定没有修改或者没有司法解释之前,在司法实务中不能将受贿罪的对象扩大到财物以外的范围。根据 2007 年 7 月 8 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定,收受干股以及特定关系人挂名领取薪酬等 10 种行为都属于以受贿论处,这其中某些形式也不完全是有形的财物。一方面反应了受贿犯罪行为方式的多样化;另一方面也要求受贿犯罪的立法要随着客观状况的变化进行调整,以更好地发挥刑事法律的保护职能。综上,从理论上说,贿赂的范围应当包括财物、物质性利益与非物质性利益,但目前马上将非物质利益纳入贿赂的范围存在一定的困难,并且操作性也不是很强。所以在本案的处理中,还是以财产性利益说为标准,投资分红所得资金属于《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》中规定的收受干股以及特定关系人挂名领取薪酬的规定,其数额应当计入受贿罪数额之中。在条件成熟的情况下,应该将非物质利益纳入贿赂的范围,以便有力地惩治犯罪。①

(二)退休国家工作人员事后受贿的认定

在本案一审中,被告人辩护律师提出,2005 年 6 月 19 日被告人从国家食品药品监督管理局局长的职位正式退休,已经不可能再利用职权为请托人谋取利益,所以在此之后被告人及其特定关系人收受的财物不能认定为受贿数额,由此引出退休国家工作人员事后受贿的认定问题。

在刑法理论上,事后受贿是指为他人谋取利益之后收受贿赂。事后受贿分为事先有约定的受贿和事先无约定的受贿②,对于事先有约定的事后受贿构成受贿罪,在刑法

① 当前惩治经济违法违纪犯罪丛书编委会编:《当前贪污贿赂、拒不说明巨额财产来源违法违纪的政策法律界限与认定处理》,中国方正出版社 1995 年版,第 319 页。

② 施春雷:《事后受贿行为的法理评析》,载《检察实践》2004 年第 1 期。

理论和司法实践中没有争议，司法解释也对此作了明确规定，最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物的行为如何处理问题的批复》指出，国家工作人员在离退休以前利用职务上的便利为他人谋取利益，约定在其离退休以后收受请托人财物，构成犯罪的，以受贿罪论处。需要研究的是事先没有约定的事后受贿与退休国家工作人员事后受贿的认定问题。

1. 事先没有约定的事后受贿

对于事先没有约定的事后受贿，学者们存在不同的看法：

第一种观点是肯定说，认为公职人员即使事先没有商定为行贿人谋取利益后收取非法报酬，事后受贿也要按照受贿的规定惩处。因为非法收受财物无论事前事后，都是对职务廉洁性的侵犯，符合受贿罪的本质特征。第二种观点认为，在事先没有约定的情况下，报酬已经不是实施某种行为的动机，其实施的有利于行贿人的某种职务行为并不一定是为了获取非法财物，而是基于职责的缘故。因事先没有约定，不符合主客观相统一的原则，所以不能将其看作是受贿。① 第三种观点认为，如果事先没有约定，不应按受贿罪处理，但该行为有较严重的社会危害性，可通过制定另外的刑法规范来追究其刑事责任。② 第四种观点认为，受贿罪的成立取决于其行为是否具有受贿罪的故意。行为人明知对方给付财物就是为了感谢自己先前为其谋取了利益，行为人收受该财物并已经为他人谋取了利益的行为当然符合受贿罪的构成要件。③

笔者认为，首先，受贿罪的本质是以公权谋私利，即权钱交易。先取得利后使用权，属权钱交易；先使用权后取得利，同样也是权钱交易。孰先孰后，均不影响权钱交易的成立。《刑法》第 385 条规定“非法收受他人财物，为他人谋取利益”为受贿罪的两个要件，但并没有规定两个要件发生的先后顺序；其次，确认行为人收受财物时是否存在故意的主观心态是认定的关键。有论者提出，行为人明知自己利用职务便利为对方谋取了利益，事后接受对方送给的明显超过友情馈赠数量的钱财时，内心必定与先前的用权行为建立联系，这种内心联系便形成了权钱交易的受贿故意。④

2. 事先没有约定的退休国家工作人员事后受贿

对于事先没有约定的退休国家工作人员事后受贿问题的定性问题，有以下两个问题值得研究：

第一，国家工作人员在任职期间为他人谋取利益，在离退休后收受他人财物的行为是否构成受贿？根据最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物的行为如何处理问题的批复》的规定，司法解释将离退休后

---

① 于志刚主编：《多发十种受贿罪的定罪与量刑》，中国方正出版社 2001 年版，第 275 页。
② 潘爱民、许建琼：《受贿罪认定中的几个疑难问题》，载《人民检察》2001 年第 11 期。
③ 林亚刚主编：《贪污贿赂罪疑难问题研究》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 114 页。
④ 潘爱民、许建琼：《受贿罪认定中的几个疑难问题》，载《人民检察》2001 年第 11 期。

收受财物的行为定性为受贿的条件限定为事先有约定,所以根据司法解释的精神可以看出,事先没有约定的情形该行为是不能按照受贿罪论处的。笔者认为,这种结论是可以讨论的。从形态上看,国家工作人员在任职期间为他人谋取利益,离退休后收受他人财物的行为有四个特征:事先无约定、事后受贿、为他人谋取利益行为和收受财物行为跨越了离退休前后,所以显得很复杂。从前面对"事后受贿"的分析中可以看出,事先无约定的受贿罪的成立取决于其行为是否具有受贿罪的故意。行为人明知对方给付财物就是为了感谢自己先前为其谋取了利益,行为人收受该财物并已经为他人谋取了利益的行为当然符合受贿罪的构成要件。[①] 现在的问题就是收受财物的行为延迟到离退休以后是否影响到受贿罪的构成呢?笔者认为不影响受贿罪的认定。虽然受贿行为跨越了离退休前后,但是不能以此将受贿行为的整体性加以割裂,进行分别评价。从整体上看,任职期间为他人谋取利益的行为,离退休后收受他人财物以及行为人明知对方给付财物就是为了感谢自己先前为其谋取了利益,具有受贿罪的故意,这些因素一起构成了受贿罪的完整内容。

第二,对国家工作人员在离退休以后利用"余权"为他人谋取利益行为如何处理?在刑法学界存在两种对立的观点,肯定说认为,此种模式受贿行为实际上也是一种跨越时空的行为,其离退休后利用"余权"为他人谋利益的行为是离退休前受贿行为的继续。因此,对这种离退休以后的国家工作人员的行为以受贿罪论处,符合刑法对于受贿罪的规定。[②] 否定说认为,国家工作人员只有在利用自己现有职务便利的情况下才可能侵犯国家工作人员职务的廉洁性,在国家工作人员离退休后,行为人不存在职务,不可能具备为他人谋取利益的条件。即使行为人利用了原来的影响,通过其他国家工作人员来为他人谋取利益,但这种谋取利益的行为根本不是行为人利用自身职务行为的结果,即使行为人能对其他在职国家工作人员存在一定影响,但是这种影响根本不能制约在职国家工作人员依法行使职务,行为人也无法控制自己为他人谋取利益的发展过程。因此,这种行为不构成受贿罪。[③] 笔者同意后一种观点,首先,受贿罪的主体是国家工作人员,虽然目前国家工作人员的范围存在争议,但是离退休后的国家工作人员明显不符合受贿罪的主体要求。其次,虽然离退休国家工作人员对在职国家工作人员存在一定的影响,但是这种影响能否起到作用在于在职国家工作人员是否行使职权行为。如果发生渎职行为,则依法追究在职国家工作人员的责任,对离退休国家工作人员则不能以受贿罪论处。

3.《中华人民共和国刑法修正案(七)》中的影响力交易问题

2009年2月28日中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次

---

① 林亚刚主编:《贪污贿赂罪疑难问题研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第114页。

② 施春雷:《事后受贿行为的法理评析》,载《检察实践》2004年第1期。

③ 林亚刚主编:《贪污贿赂罪疑难问题研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第115页。

会议通过了《中华人民共和国刑法修正案(七)》(以下简称《修正案(七)》),其第13条第2款规定:"离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人,利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的,依照前款的规定定罪处罚。"刑法学界一般称之为影响力交易。由于这一规定在郑筱萸案发之后通过,根据刑法溯及力从旧兼从轻原则,故不能对本案定罪量刑产生影响。但是作为受贿犯罪认定的一种新的形式,而且与本案的情节又非常密切,因此也有予以讨论的必要,笔者认为,《中华人民共和国刑法修正案(七)》第13条第2款应该从以下两点进行理解。

首先,《修正案(七)》扩大了受贿罪的主体范围。根据第13条的规定,受贿罪的主体可以是"国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人",或者"离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人。"结合本案分析,离职国家工作人员明确规定可以构成受贿罪的主体,而不论受贿人在任职期间是否存在先行为或者意思沟通。之前刑法规定受贿主体只能由国家工作人员构成,这十分不利于打击实践中大量存在的离职国家工作人员"间接"受贿的行为,而修正案的通过则很好地解决了这一问题。

其次,关于"影响力"如何界定的问题。本罪中的"影响力"是指离职国家工作人员在与国家工作人员交往中,能够影响和改变国家公职人员的心理和行为,让其在公共事务中为或不为一定行为的能力。其主要有以下几种情况:(1)基于感情所产生的影响力。感情是人际交往的重要纽带,基于一定的感情所产生的关系对双方都有一定的影响力。在影响力交易行为中,主要表现为丈夫、妻子或者关系要好的朋友利用另一方的影响力,帮助请托人从行政部门或者公共机关获取不正当好处。(2)基于一定的血缘关系所产生的影响力。血缘关系能对人们的行为产生重要的影响,主要表现为家属、亲戚关系。(3)基于一定的事务、业务关系所产生的影响力。如基于同学关系、业务合作伙伴关系而产生的影响力等。这些"关系"影响力也能起到权力性影响力的作用,有时甚至比权力性影响力有着更大的腐蚀性。①

4. 笔者观点

综上所述,退休国家工作人员事后受贿的认定需要注意以下几个方面的问题:(1)离退休国家工作人员必须是在职期间为他人谋取利益。一方面这是受贿罪构成的必要条件;另一方面如果是离退休以后为他人谋取利益的行为不可能构成受贿罪。(2)国家工作人员离退休后收受他人财物的行为必须与离退休之前的谋取利益的行为构成一个整体,这种整体性表现在,行为人明知自己利用职务便利为对方谋取了利益,事后接受对方送给的明显超过友情馈赠数量的钱财时,内心必定与先前的用权行

---

① 朱吉龙:《论影响力交易罪及我国相关立法完善》,载《西部法学评论》2008年第4期。

为建立联想,这种内心联系便形成了权钱交易的受贿故意。(3) 离退休国家工作人员与在职国家工作人员的职务便利为他人谋利益,相互勾结,共同受贿的,应该以受贿罪论处。辩方在辩护词中提出,2005 年 6 月 19 日被告人从国家食品药品监督局局长的位置正式退休,这意味着郑筱萸所掌握的相关权力已经丧失,而检方认定郑军给郑海榕的工资一直发到 2006 年 12 月份。从另一个角度上看,此时被告人已经失去其进行权钱交易的职权资本。因此从 2005 年 6 月 19 日以后,被告人已不可能再利用职权为郑军所在的公司谋取利益。根据以上分析,虽然被告人郑筱萸在退休后收受了财物,不具有受贿罪的主体要件,但是其在任职期间利用职权便利为行贿人谋取了利益,且收受贿赂的行为是呈持续状态,与任职期间的谋取利益行为明显构成一个完整的受贿罪行为整体,所以,郑筱萸离职后收受的财物也应该计入受贿数额。而根据最新的《刑法修正案(七)》,郑筱萸此时的受贿行为就可以按照受贿罪追究刑事责任。

(三)"家庭型"受贿犯罪问题

随着社会经济、政治形势的变化和发展,受贿犯罪在原有基础上产生了诸多变异,近年来"家庭型"共同受贿犯罪已成为受贿犯罪的新动向,并逐渐成为受贿犯罪、共同犯罪的稳定形式。本案也是一例非常典型的"家庭型"受贿案件,在郑筱萸的多次受贿行为中,其妻子刘耐雪、儿子郑海榕都有非常大的作用,如直接收受或者充当介绍人,等等。具有建立在共同财产关系上的共同利益,容易在受贿犯罪中形成共谋实施犯罪,这是国家工作人员受贿犯罪的主要形式①,"家庭型"共同受贿犯罪已逐渐成为国家重点打击、预防对象,该类型犯罪在司法实践中呈高发趋势,其衍生蔓延已为刑法理论界和实务界所重视,因此对"家庭型"共同受贿犯罪相关问题进行分析和研究既是司法实务的需要,也是刑法理论研究的归宿。

1. "家庭型"受贿中成员范围的界定问题

在刑法学界,对国家工作人员"家庭型"受贿成员范围界定,主要有两种观点:第一种观点认为,将成员范围界定在"与国家工作人员具有财产共有关系的亲属"之内比较准确。理由有三:一是在司法实践中,最常见的是国家工作人员的配偶介入受贿活动,也存在儿女介入受贿活动的情况。与国家工作人员具有财产共有关系的亲属介入受贿活动,是体现这种"家庭型"受贿活动的典型代表。二是与国家工作人员有财产关系的亲属介入受贿活动,既是特定身份人与非特定身份人构成受贿共同犯罪的主要形态,也是其特殊形态。基于财产共有关系,国家工作人员与亲属更容易形成默契。国家工作人员利用职权为他人谋取利益,其亲属收受他人财物,之后双方称相互之间没有预谋,并不知情,是规避法律的主要手段;三是"家庭型"受贿行为不同于其他国家工作人员与非国家工作人员的共同受贿行为。在实际中,绝大多数受贿所得是家庭成员

① 姜伟、侯亚辉:《共同受贿犯罪若干问题探讨》,载《中国刑事法杂志》2002 年第 2 期。

共同享有的，亲属出面收受财物也占很大比例，但不能就此认定国家工作人员和其家庭亲属都构成受贿罪的共犯，要考虑其特殊性。①

第二种观点认为，“家庭型”受贿的成员应该根据亲属关系的实际内涵和社会作用，划定在近亲属以内比较恰当。关于近亲属的范围，民事法律与刑事法律规定的不尽相同。《民通意见》第12条规定：“《民法通则》中规定的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”与婚姻法中规定是一致的。而《刑事诉讼法》第86条第6款规定：“近亲属是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。”其范围比民事法律小很多。当我们讨论形式问题时，当然采用刑事诉讼法的规定。②

笔者同意第二种观点，第一种观点有一些不妥的地方。首先，第一种观点认为其界定标准是“与国家工作人员具有财产关系的亲属”，使得亲属的概念大大缩小，而且在司法实践中，还要具体进一步的明确“财产共有关系”，造成司法资源不应有的浪费，不利于提高诉讼效率。其次，第二种观点提出的法律标准中的刑事法律说，其范围包括了夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹，具有合理性和可行性。这些关系基本上可以涵盖了家庭所应有的所有亲属关系，具有很大的普遍性，既符合社会现实，而且从司法中的案例来看，也比较符合家庭型受贿犯罪基本情况。

2．“家庭型”受贿犯罪的罪过认定问题

根据刑法有关受贿罪的规定，构成受贿犯罪的行为人主观上必须是故意；而且刑法总则中对于共同犯罪的规定，主观方面的犯罪构成是各行为人之间存在犯罪故意，有犯意联络。因此作为共同犯罪类型之一的“家庭型”共同受贿犯罪，其各个行为人主观上必须是基于故意、存在犯意联络而实施受贿行为，如果不能证明亲属之间存在犯罪故意的话，那么各行为人之间就不成立共同受贿犯罪，这样就无法将犯罪嫌疑人归罪。而在现实司法实务中，亲属之间在案发后往往也以不知情，没有预谋为理由来逃避法律的制裁，这对于打击愈演愈烈的“家庭型”共同受贿犯罪是极为不利的。

（1）“家庭型”受贿犯罪主观罪过的难以认定

“家庭型”受贿犯罪主要是家庭成员为主的受贿行为，作为长期一起生活的家庭成员，相对于其他形式的共同犯罪具有一定特殊性，在主观罪过的认定上也有特殊的困难。首先，故意内容规定的模糊性。刑法本身对于该类型受贿犯罪“故意”内容的规定就不十分明确，使得无论是理论界还是实务界都存在着不同的理解，这就造成了国家工作人员与其亲属之间是否存在犯罪故意认定上的混乱，没有较为可行和统一的标准。法律和司法解释没有明确、具体的规定，而实务界和理论界的观点又不尽一致，使认定亲属间共同受贿故意上困难重重。其次，是由于家庭成员之间关系的特殊性而导

① 马天宝、柴玉荣：《国家工作人员亲属介入受贿活动的行为剖析与认定》，载《人民检察》2004年第4期。

② 李伟迪：《国家工作人员与亲属共同受贿犯罪的理论与实务》，中国方正出版社2003年版，第69页。

致的。"家庭"是一类由特殊的关系主体所组成的,它所形成的亲属关系是最为稳定、普遍而又自然的社会关系之一,因此家庭成员共同受贿故意的形成过程较一般的犯罪故意的形成过程更为简洁、便利,外界轻易无法得知。司法机关往往很难获取相关的直接证据,而且大多数情况下国家工作人员与其亲属之间都否认相互知情,声称不知对方的行为,司法机关很难证明存在共同受贿的故意,这就无法对其以受贿罪进行认定和惩处了。

(2)"家庭型"共同受贿犯罪中故意的认定争议观点

"'家庭型'共同受贿犯罪故意是指国家工作人员与其亲属通过主观联络,对其将会造成的危害社会的结果持希望的心理态度,这种内在的主观联络表现为共同犯罪人以利用国家工作人员职务上便利,收受他人财物和为他人谋取利益为核心的双重认识和双重意志。"①在家庭成员参与受贿犯罪案件中,如何正确认定他们主观上的共同故意,是正确认定这类案件的决定性条件,也是司法实践中所遇到的一个难点。对此问题,理论界存在不同的意见②:

一是明知说。该观点认为国家工作人员利用职权为他人谋取利益,而对于亲属收受或索取财物的行为,应坚持主客观相统一的原则,主观上必须对亲属接受的每一件贿赂物都知道,或者在场,或者有证据证明亲属事后告诉,才能确认有受贿的故意,否则,只能由收受者个人承担。这种观点把共同故意的范围限制过于狭窄,把实际上许多家庭成员之间明显存在故意的情况排除在外,例如国家工作人员唆使其亲属收受、索取贿赂,但亲属收受贿赂后并未将具体情况告知国家工作人员,此时国家工作人员对亲属的该行为并不明确、具体地知道,根据明知说的观点,他们之间并不存在共同受贿的故意,所以这种观点是值得商榷的。

二是概知说。该观点认为国家工作人员对其亲属收受或索取贿赂有一个概括的了解,并且也确实利用职务之便为他人谋取了利益,就可以认定其有受贿的共同故意,而不必考虑其对受贿的内容是否有具体的认知,也不必考虑此种认知是基于什么产生的。笔者认为,此种观点看清了家庭成员的特殊关系在共同故意形成中的特点,一般情况下,共同受贿犯罪人需要有一个相互勾结的过程,这样才能形成一个比较明显的犯罪故意。但是作为"家庭型"的受贿犯罪,如果没有这一过程,也可以形成共同犯罪的故意,这正是由家庭成员之间的特殊关系决定的。家庭所形成的亲属关系所具有的自然性、稳定性等特点,使"家庭型"共同受贿犯罪行为人在实施受贿过程中较一般的共同受贿犯罪,其犯罪故意的形成更为便利、更为隐晦,尤为突出的特点是简洁和概括。因此,对于"家庭型"受贿犯罪的罪过认定,要在所有能够说明行为人主观方面的

---

① 张健:《"家庭型"共同受贿犯罪的认定》,载《检察日报》2002 年 11 月 3 日,第 3 版。

② 孟庆华:《受贿罪研究新动向》,中国方正出版社 2005 年版,第 288 页。

客观事实中考察，除了那些明确的共同受贿故意之外，国家工作人员大体知道贿赂的存在，没有明确反对，就可以认定有受贿犯罪的故意。所以这个观点是有道理的，笔者同意此种观点。

三是可能说。该意见认为只要查明利用职权为他人谋取利益的人，其本人或亲属收受他人贿赂，并且将贿赂物纳入家庭共同消费和使用的范围，就应确认他们在主观上有犯罪故意。因而，国家工作人员对其亲属收受贿赂，无论明知与否，都认定其存在主观上的共同故意，都应承担罪责。此观点把客观情况完全等同于主观情况，没有考虑各个行为人的主观情况，虽然能够将大多数情况下国家工作人员和亲属共同受贿的行为予以规制，但却过于严厉，容易造成客观归罪。实际上完全有可能有些家庭成员在收受财物后虽然将其纳入到了家庭共同消费和使用的范围，但行为人完全不知道这是受贿物品，若在此情况下也把他们认定为主观上有共同故意，这无疑造成了客观归罪的后果，违背了刑法谦抑性的精神。

3. 关于本案中家庭共同受贿犯罪的主观罪过分析

在司法实践中，具体判断国家工作人员与其亲属是否具有共同受贿的故意，应当主要从以下几个方面来进行：

首先，考察国家工作人员对其亲属受贿是否明知。受贿犯罪是一种连续性的行为，不仅考察国家工作人员收受的贿赂数额，也要查明亲属收受数额，在共同受贿行为和数额的基础上确定其受贿故意。在本案中，被告人郑筱萸通过其妻子刘耐雪、儿子郑海榕，以入股、工资、买房等名义收受贿赂370万元。最高人民检察院在2007年3月30日询问被告人郑筱萸的笔录中这样记载："问：郑军给郑海榕工资的事是谁告诉你的？答：是海榕告诉我的，但每月给了多少，总数是多少，我不清楚，只记得有这么回事。"可见被告人对其家庭成员收受贿赂的行为是明知的。一般情况下，对亲属这种收受行贿人财物如此频繁而且数额巨大，国家工作人员采取沉默态度，就可以认定。

其次，分析国家工作人员对行贿者的态度。司法实践表明，国家工作人员行贿前后，对行贿者的态度通常都会有变化，有时候会判若两人。受贿前可能对行贿人比较冷淡，对其请托事项也是敷衍了事。而家庭成员收受贿赂之后，态度会有明显的转变，即使没有积极热情，也会在请托事项上为行贿人谋取利益，想方设法满足行贿人的要求。因此，对于国家工作人员及其亲属所说的"不知情"、"未告知"等辩白，就可以根据其受贿后的前后表现，冷静分析。本案中，从1999年到2005年，被告人郑筱萸通过妻子刘耐雪和其子郑海榕收受双鸽集团基于各种形式的财物292.91万元，在此期间，被告人郑筱萸利用职务便利，为双鸽集团有限公司下属公司申报的一次性无菌注射器和一次性无菌输液器办理医疗器械注册证的审批，并签批其下属公司申报的注射液等24种药品的生产或注册。另外郑海榕收受康裕制药公司100万港元，被告人也在康裕制药公司药物研制项目上予以帮助等多次为行贿人谋取利益的行为。由此分析，明知亲

属已经收受或即将收受行贿人财物的情况下,利用职务便利,积极为行贿人谋取利益,完全可以认定被告人对其亲属的受贿行为持故意心态。

再次,观察国家工作人员对亲属收受贿赂的态度。国家工作人员主观上有受贿的故意,行为上必然有所表现。在司法实践中,有些国家工作人员会指使亲属收受贿赂,有些是含糊其辞,不置可否,更多是采取默认态度,心照不宣地不拒绝也不反对。其实这些行为在本质上没有区别,都是一种掩饰共同故意的表现。辩护人在一审辩护中指出,"在郑筱萸得知其近亲属收受财物之后,往往开始都是采取反对或者无奈的默许态度,比如对于葛萌芽、郑军就是如此。"可见,正是这种模糊的态度,表明自己主观上是间接故意的心态。

最后,了解国家工作人员对贿赂的处分。通常情况下,家庭增加巨额资产或者收入很大幅度提高,作为家庭成员可以很明显地感觉到,并且会很自然去了解变化的原因。当国家工作人员的亲属收受了巨额贿赂,虽然没有直接告知该国家工作人员,但其应当知道是行贿的结果。如果其没有明确地反对表示,且作出确实拒绝收受贿赂的行为,而是采取默认的态度,应当认定其有受贿的故意。本案中,其妻子刘耐雪、儿子郑海榕不仅收受了巨额的资金,而且还有别墅、汽车以及家具等大宗资产,作为家庭成员的被告人郑筱萸不可能不了解。所以完全可以凭借以上标准,认定本案中被告人具有受贿犯罪的故意。

4."家庭型"共同受贿犯罪故意的法律推定问题

(1)"家庭型"共同受贿犯罪故意的法律推定的概念和争议

针对司法实践中这样一种现象:财产共有关系人,通常为家庭成员一人收受财物,另一人利用职务便利为他人谋取利益,事发后均辩称互不知情,没有预谋,而收受财物的一方亲属,因为不是国家工作人员,其行为难以认定犯罪;国家工作人员一方,虽然具有受贿罪主体要件,但没有收受贿赂的行为。且由于财产共有人之间关系的复杂,很难有证据证明作为国家工作人员的一方知道亲属收受财物的情形,因此难以入罪。当遇到这种情况,应当采取法律推定,即当财产共有关系的一方收受他人财物,另一方利用职务之便为他人谋取利益时,法律推定双方之间存在主观故意,应当认定为共同故意受贿罪。①

对这种观点有学者持强烈反对态度,认为在无证据证明国家工作人员受贿主观故意的情况下,以收受财物者及其财产共有人来推定其主观上存在故意属于客观归罪;也有人认为可以实行有条件法律推定,即在国家工作人员具有明显违禁行为的前提下才允许适用法律推定。②

① 孟庆华:《受贿罪研究新动向》,中国方正出版社2005年版,第296页。

② 谢闻波:《家属参与受贿共同犯罪的认定与处理》,载《华东政法学院学报》2005年第3期。

（2）实行法律推定的理由

笔者同意实行法律推定的观点，理由如下：

首先，家庭成员之间关系的特殊性决定了他们之间共同故意可以推定。家庭成员之间关系所呈现出的特点，必然也会对犯罪故意的形成产生影响，因此“家庭型”共同受贿犯罪故意的形成较之于一般共同受贿犯罪故意的形成有其特殊之处：一是便利性，由于国家工作人员与亲属之间的亲密关系，甚至就生活在一个家庭里，达成共同受贿犯罪故意比较方便；二是简洁性，基于工作人员与亲属之间的信用关系，以及相互之间生活气息的熟悉，一个眼神也能达成一个共同受贿的故意；三是隐晦性，从亲属共同受贿犯罪意图形成方式的趋势看，越来越隐晦；四是封闭性，国家工作人员与亲属生活在一个相对封闭的空间里，共同受贿犯罪故意的形成过程，外人不能轻易看到；五是稳定性，基于他们之间的特殊关系，一旦形成犯罪意图，就能比较稳定地存在，甚至成为一种惯例。①

其次，实行法律推定是现代诉讼效率的要求。上述特殊性的存在使得司法部门很难甚至无法证明国家工作人员与亲属具有共同受贿故意的存在，此时如果仍要求司法机关承担证明责任是对程序正义的违背。因为不能让无法举证的人承担举证责任，对于直接证据的取得更是难上加难，在此种情况下法律要求有职务的一方承担一定的说明义务是合情合理的。而且如果国家工作人员与亲属确实不存在受贿行为的话，其根据法律的规定会主动地证明自己无罪，更快地提供证据，这同时也会促进诉讼效率的提高。②

再次，实行法律推定原则符合世界发展趋势。法律推定制度在诉讼制度和证据法比较发达的国家和地区已经成为普遍认可的一种司法实践。德国《反有组织犯罪法》规定，被告人贩卖1 000马克的海洛因被认定，有在其家里查处上万马克的现金或同其收入不相称的大量财富，就会被推定为犯罪所得；在英美法系也有类似的处理，美国最高法院通过一个判例确认，在一辆汽车里发现一支手枪，可以推定当时在该汽车内所有人员共同非法持有该枪支，除非该枪实际上属于车内某人所有。③ 我国现行刑法也规定有巨额财产来源不明罪，也是对法律推定的承认，因而对家庭成员受贿主观故意实行法律推定，也不违反我国的法制原则。

（3）适用法律推定的注意事项

虽然为了出于以上各种原因考虑主张实行法律推定制度，但是作为一种“推定”，在关于出入罪的问题上，仍然需要慎重。毕竟“推定”不是“证明”，否则就会造成主观臆断的危险，导致刑罚的滥用和对人权的侵犯。

---

① 李伟迪：《受贿犯罪的新态势与推定政策》，载《中国刑事法杂志》2003年第3期。

② 刘微：《“家庭型”共同受贿犯罪研究》，吉林大学法学院2007年硕士论文。

③ 刘生荣、邓思：《共同受贿罪过的推定研究》，载《检察日报》2000年12月6日，第3版。

首先,已经证明收受贿赂或给予报酬是进行推定的前提。在贿赂案件中,已经证明或证实受贿人已经收受了行贿人给予的贿赂,或者行贿人给予受贿人贿赂作为处理请托事项的报酬,这一基础事实存在,根据贿赂推定法则,就可以得出公务人员受贿的推定事实。

其次,法律推定的适用必须保障嫌疑人的诉讼权利。具体而言,一是程序的启动需要法律明确规定,司法机关必须首先履行法律所规定的证明义务,证明基础事实的存在,即控诉方首先承担举证责任,证明基础事实与推定事实之间存在一般的合理联系,在排除其他合理怀疑的基础上,而后被告方才负有一定的证明其不存在受贿故意的义务。二是控方必须证明受贿故意存在有极大的可能性。由于推定使被告方承担了举证责任,为了保证其合理性,防止对推定的滥用,不能在一切情况下都以推定代替调查取证,因为法律推定降低了控方的证明责任,增加了被告方的证明义务,将司法机关对故意的认定由"证据确实、充分"降为了有受贿故意存在的极大可能性,因此在满足一定的条件之后才允许适用该原则。

最后,法律推定属于可以反驳的推定。从国外的立法来看,贿赂推定一般规定在单行的反贪污贿赂法中,几乎所有的贿赂推定制度都明确规定"能提出反证的除外"。因而,贿赂推定制度在证据法上最主要的意义在于举证责任的转移,在满足一定的条件的,被告人如果主张贿赂犯罪不成立,必须提出有效的证据予以证明。反驳既包括对推定前提的质疑,也包括提出新的事实与推定的结论对抗。如果没有反驳或反驳不能成立,那么推定结果就可以直接认定。[①]

六、受贿罪死刑的司法裁量

受贿罪的死刑裁量是本案的核心问题,关于本案的最终判决结果,一审消息一经公布,便成为各大新闻媒体、网站的热点话题。公众纷纷留言表示支持对于药监系统出现的问题,郑筱萸难辞其咎。这个结果,是党和政府坚定不移惩治腐败的最好证明。[②] 从刑法角度而言,死刑判决是适用法律的必然结果,而在死刑的裁量过程中,更要严格把握死刑的裁量标准。就受贿罪而言,死刑的裁量因素主要包括受贿数额、情节特别严重以及是否具有其他量刑情节。

(一)受贿数额的死刑量刑意义

1. 受贿数额不是死刑裁量的唯一依据

关于受贿数额在死刑量刑中的地位,刑法学界有以下三种观点:第一种观点是数额论。认为贿赂数额是衡量贿赂罪社会危害程度的主要的甚至唯一的尺度,因而是量

---

① 孟庆华:《受贿罪研究新动向》,中国方正出版社2005年版,第299页。

② 吴兢、刘晓鹏:《郑筱萸受贿渎职案剖析》,载《人民日报》2007年7月11日,第8版。

刑的主要依据。第二种观点是情节论。认为受贿情节是对贿赂罪量刑的主要依据，数额作为情节的组成部分，只在一定程度上起辅助作用。第三种观点是数额与情节辩证论。认为贿赂数额与情节是衡量该罪社会危害程度的两个基本尺度，二者之间紧密联系，互相影响，共同作用，量刑必须全面衡量，重此轻彼或重彼轻此，都可能造成偏差。①

笔者认为，单纯基于数额或情节来决定受贿罪的量刑，都具有很大的片面性，都是不可取的，所以不能采用所谓的"数额论"和"情节论"。第三种观点虽然在数额和情节两个方面考虑得很全面，但是细细考察，数额和情节两个方面的因素并不是平起平坐的，第三种观点认为两者是并列的关系也是不正确的。笔者认为，数额在受贿罪的死刑裁量中处于一个基础性地位，如果没有达到法定受贿数额，即使有"情节特别严重"的情形，也不能恰当确定受贿犯罪人的刑事责任，更不能判处死刑。

首先，仅依据受贿数额决定死刑裁量违反刑法等价性原则的要求。生命价值大于财产价值，仅仅依据受贿数额判处死刑是对生命价值的极为不尊重的表现。受贿罪的数额危害与暴力犯罪及造成生命财产损失等非常严重后果之间的社会危害性差异非常明显，这无疑有悖于罪责刑均衡的原则，有轻罪重罚之嫌，不符合刑法等价性的要求。

其次，仅依据受贿数额决定死刑裁量不符合刑罚的阶梯性。罪责刑相统一原则要求重罪重罚，轻罪轻罚，无罪不罚。而受贿罪最严重的情形不仅仅限于受贿数额，还有造成非常严重后果的受贿罪情形，都判处死刑则是对死刑严肃性和严谨性的违反。这种刑罚安排没有体现刑罚设计的科学性和阶梯性，没有具体分析受贿罪的情节轻重，尤其是在剥夺犯罪人生命这样重大的问题上，显得非常武断和恣意。

2. *数额标准是判处死刑的基础条件*

笔者认为，受贿数额的死刑量刑价值主要体现其是死刑判决的基础性条件，但是不能是判处死刑的决定因素。首先，受贿罪是典型的职务性的经济犯罪，受贿数额是受贿罪社会危害性大小的重要依据，也是衡量经济犯罪造成的损失的最直观的方法，根据罪刑相适应的原理，刑法规定区分刑罚等级的主要标准。所以，要判处死刑，受贿数额首先必须要达到"特别巨大"的标准，由于现行刑法规定的 10 万元以上为"数额特别巨大"的标准，刑法学界普遍认为门槛过于低，所以也都提出了相应的标准。有学者认为 200 万元以上为数额特别巨大②，笔者认为这一标准基本符合我国现阶段的社会经济条件，与受贿罪的实际案例中的受贿数额也较为平衡，笔者也同意这一标准。其次，受贿数额不能作为死刑判决的唯一条件。统观近些年来的受贿罪的死刑判例，在郑筱萸案之前的安徽省原副省长王怀忠，以及江西省副省长胡长清分别受贿 440 万元

---

① 单民：《论贿赂罪的处罚》，载《中国刑事法杂志》1996 年第 2 期。

② 胡少保、李超：《受贿罪量刑问题研究》，载《淮南师范学院学报》2007 年第 1 期。

和544万元,与同样判处死刑的原全国人大常委会副委员长成克杰受贿4 109万元相比,他们的受贿金额似乎还不至于被判处死刑。但是他们的案件都是造成了特别严重的后果,极其恶劣的社会影响,所以他们的死刑判决不仅仅是建立在数额的基础上,还要考虑"情节特别严重"的因素。所以,"数额特别巨大"与"情节特别严重"都是受贿罪死刑的必需条件,缺一不可,不能仅仅数额或者情节决定死刑判决,必须两个条件同时满足才能考虑动用死刑。

(二) 情节特别严重

根据《刑法》第386条和第383条的规定,"情节特别严重"是受贿数额超过10万元以上的情形升格为死刑的条件,在受贿犯罪的死刑裁量中居于非常重要的地位。但是刑法对死刑的裁量情节的规定过于原则,操作差异太大,"情节特别严重"没有相应的界定的标准。刑法总则第48条的规定,"死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子",对于死刑裁量关系到被告人生命的情节,刑法的这一规定显得过于原则。从司法实践上看,由于对"情节特别严重"的判断不同,造成了死刑适用上的很大差异,已经影响到刑罚的公正价值。对于"情节特别严重"的理解,刑法学界的研究尚不多,笔者尝试作一些探索。

1. "罪行极其严重"

我国《刑法》第48条规定:"死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。"这是刑法总则中规定关于死刑适用对象的实质性和宏观标准,是分则各死刑罪种适用死刑的具体标准的总根据。因此,弄清什么是"罪行极其严重",是明确死刑适用对象的关键,也直接影响到受贿罪适用死刑的因素。首先,学界认为"罪行极其严重",应当包括以下三个方面的含义:一是从主观方面来看,行为人必须是故意,并且在一般情况下,还伴随着卑劣的犯罪动机;二是从客观方面来看,行为人的行为造成的后果特别严重,一般是造成了他人死亡或者与之相当、相近的结果;三是根据罪前、罪中和罪后一系列因素来看,行为人的人身危险性极大。只有综合以上三个因素,才能认定行为人"罪行极其严重"。[①] 具体到受贿罪的情节认定上,判断犯罪人的罪行是否属于极其严重的标准,决定犯罪极其严重程度的犯罪基本因素主要包括以下两个方面的内容[②]:

(1) 犯罪行为对刑法保护利益所造成的客观危害

刑法是为保护社会法益而设立的,对法益的有效保护是现代刑法的根基。就行为的客观方面而言,犯罪行为的严重性首先就取决于它所侵害利益的重要性。某种罪行

---

① 高铭暄:《当代中国死刑制度改革若干重大问题的建言》,载《刑事法治发展研究报告(2005—2006卷)》,中国人民公安大学出版社2006年版。

② 陈忠林:《死刑与人权》,载陈兴良、胡云腾主编:《中国刑法学年会2004年度文集》,中国公安大学出版社2004年版,第109—110页。

侵害的利益越重要,该罪行就越严重。[1] 关于受贿罪的客体问题,我国刑法学界一直争论不休,归纳起来有单一客体说、复杂客体说、三重客体说和选择客体说。笔者认为,受贿罪的客体是国家工作人员的职务廉洁性和国家权力的不可收买性。因为,受贿罪的本质是权钱交易,受贿罪是权钱交易的一种主要表现形式,禁止受贿是我国廉政建设的主要内容,受贿行为严重腐蚀国家肌体,妨碍国家职能的正常履行。因此将受贿罪的客体定义为国家工作人员的职务廉洁性和国家权力的不可收买性更有利于把握受贿罪的本质特征。从受贿罪的客体来看,国家工作人员的职务廉洁性和国家权力的不可收买性对于一个国家管理职能的正常运行和国家权力的威信和良好信誉是非常重要的,但是对于受贿罪客体的危害是否达到了要剥夺行为人生命的程度?就目前我国刑法学界对死刑的研究中,大多数学者提倡应该废除非暴力犯罪的死刑,即大多数学者认为对受贿罪法益的危害达不到对行为人剥夺生命的程度。[2] 笔者认为,在现行《刑法》还保留受贿犯罪死刑的情况下,为了限制死刑的适用,对客体的危害还要考察受贿行为对客体造成现实危害的程度、危害可能性以及现实危险,如果行为只是构成受贿罪客体的侵犯,但是没有造成保护客体的严重危害,则一般不判处死刑。

(2) 行为人主观上对刑法所保护价值的对立态度及程度

衡量行为人主观上对刑法所保护价值的对立态度及程度的主要标准,是支配行为人实施犯罪行为的主观罪过的内容。"无罪过无刑罚"是现代刑法的一项最基本的原则。罪过越严重,罪行自然就越严重。在同一犯罪中,侵犯客体相同,如何体现出犯罪行为的严重程度就取决于行为人漠视刑法所保护法益的程度。这一点可以从以下方面来考察:首先,行为人自己认识到自己行为可能侵犯刑法所保护价值的重要性及侵害程度严重性的明确态度;其次,行为人认识自己可能侵犯刑法所保护价值的确定性程度;最后,行为人认识到自己侵犯刑法所保护价值的手段为社会所否定的明确性程度。[3] 从行为人主观上对刑法所保护价值的对立态度及程度的角度考察,所谓"罪行极其严重",应该是指上述表明行为人态度的因素都达到极端程度。

2. 特定行业社会危害特别严重

如果犯罪人触犯了受贿罪的死刑条款,且行为及其后果极其严重,给社会造成的损失特别巨大,造成了恶劣的社会影响,引起了巨大的民愤,或者判决时该类罪多发且非常严重,从量刑的公正性要求与客观危害性相适应出发,并酌情考虑形势、民愤及刑罚的一般预防的需要,对这样的犯罪分子应当处以死刑。

受贿罪所要惩罚的是一种"交易",这种交易的一边是财物及财产性利益,另一边是权力。因为权力不能被交易,而在这种"交易"中,不同性质的权力被交易体现的是

---

① 陈华杰:《论死刑适用的标准》,人民法院出版社 2005 年版,第 31 页。
② 张远煌:《非暴力犯罪死刑限制与废除研究》,法律出版社 2006 年版,第 21—27 页。
③ 陈华杰:《论死刑适用的标准》,人民法院出版社 2005 年版,第 31 页。

不同的社会危害性,普通民众对不同职务的期待和宽容也是不同的。因此,不能仅仅用交易的一方——金钱的数额作为评价受贿行为社会危害性的标尺。作为药监局局长,他的行为直接与民众的生命健康安全相关联。他的“权钱交易”是以牺牲广大民众的生命健康为代价的。因此,我们要综合各种因素来看待判决,这里的各种因素就是“情节”。《刑法》第386条规定,对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照第383条的规定处罚,而第383条第(一)项规定,个人获取的财产数额在10万元以上,情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。当然,我们不能把所有与医药有关的问题都与他相关联,但是,与他有关的问题当然应当由他来负责。

3. 受贿罪适用死刑的其他裁量情节

受贿罪的死刑裁量情节过于原则,操作差异大。刑法总则第48条对死刑适用范围笼统定义为“罪行极其严重的犯罪分子”,未对“罪行极其严重”作进一步的说明,具体到受贿罪,数额标准易于掌握,但什么是“情节特别严重”,同样没有相应的界定标准,缺乏可以操作的尺度,在实践中容易出现死刑裁量的司法不统一。[①] 在二审中,上诉人认为,一审法院不考虑上诉人的从轻处罚情节而作出死刑判决有失公正。下面我们来具体分析:

(1)“有悔罪表现,积极退赃”情节

根据相关材料,被告人郑筱萸在羁押期间,能够主动认罪,悔罪态度诚恳,同时能够积极退赃。根据《刑法》第386条与第383条第(三)项规定:个人贪污数额在5 000元以上不满5万元的,处1年以上7年以下有期徒刑;情节特别严重的,处7年以上有期徒刑。个人贪污数额在5 000元以上不满1万元,犯罪后有悔改表现,积极退赃的,可以减轻处罚或者免予刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。但是,这个情节的适用还有几条限制:

首先,“积极退赃”作为受贿罪法定刑的量刑情节,其范围只适用于《刑法》第386条与第383条第(三)项规定的“个人贪污数额在五千元以上不满一万元”,而不能包括《刑法》第383条第(一)项“个人贪污数额在十万元以上”的情形;其次,“积极退赃”并非“应当”型的减轻处罚或者免予刑事处罚,而是属于“可以型量刑情节”。即这一量刑情节既可以适用,也可以不适用,是一种相对的、弹性的情节。虽然在一般情况下,“可以”的量刑情节,原则上也应适用。只有某种特殊的情况出现,如具体案情犯罪与情节特别严重,则可以排除“可以”情节的适用。[②]

(2)被告人是否成立自首的认定

根据一审的判决书,被告人郑筱萸能够主动坦白交代自己的受贿罪行。在检方起

---

① 余捷:《贪污贿赂犯罪的死刑改良及刑罚结构的调整》,载贾宇、张军、李洁主编:《和谐社会的刑法现实问题(中国刑法学年会论文集2007年度)》,中国人民公安大学出版社2007年版,第1170页。

② 孟庆华:《贪污贿赂罪重点疑点难点问题判解研究》,人民法院出版社2005年版,第357页。

诉书中列举的8宗受贿事实中，就有3宗受贿罪行是在侦查机关未掌握或未明确询问之前主动交代的。需要讨论的问题，是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人供述司法机关未掌握的同种罪行的情形，是否成立自首的问题。

自首分为一般自首和特别自首，根据现行刑法第67条的规定，一般自首是犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的；特别自首是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》规定："被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关掌握或者判决确定的罪行属于不同种罪行的，以自首论。""被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属于同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。"对此规定刑法学界有不同的认识。一种观点认为，对于"其他罪行"是否包括同种罪行，尽管立法上没有限制，理论上自然可以解释为包括同种罪行或不同种罪行，但是从立法本意上讲应当是指非同种罪行，如果将"本人其他罪行"理解为包括同种罪行在内，而实行数罪并罚，那么将会给司法机关带来诸多问题。[①] 第二种观点认为，被司法机关依法采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人如实供述司法机关还未掌握的本人的非同种罪行的；正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的同种罪行或者非同种罪行的，以自首论。

以上两种观点虽然有所对立，但是两种观点都认为被司法机关依法采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人供述的"其他罪行"必须是本人的非同种罪行。笔者同意第二种观点，供述同种罪行成立自首必须是正在服刑的罪犯，而被依法采取强制措施的犯罪嫌疑人和被告人则不适用。

（三）关于本案死刑适用的分析

综上所述，对郑筱萸犯受贿罪，判处死刑主要依据有以下几个方面：

1. 受贿数额达到法定的死刑量刑数额，且没有其他从轻情节

根据我国刑法关于受贿罪的规定，受贿数额在10万元以上且情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。郑筱萸受贿数额达649万余元，数额特别巨大，犯罪情节亦特别严重，社会影响极其恶劣，因而法院依法判处其死刑立即执行。近年来一些罪犯比郑筱萸受贿金额多，之所以判处死刑缓期执行，是因为他们有自首、立功或者重大立功等法定从轻、减轻处罚的情节，而郑筱萸未被认定有这样的情节。同时正如前所述，受贿罪的犯罪数额在死刑裁量中起到基础性作用，受贿数额巨大是受贿罪死刑裁量必要前提，受贿数额巨大并不必然导致死刑裁量。死刑裁量的最终适用还要考虑受贿犯罪的

① 周道鸾、单长宗、张泗汉主编：《刑法修改与适用》，人民法院出版社1997年版，第182页。

情节以及其他量刑情节。被告人郑筱萸虽有退赃和坦白情节,但不足以从轻量刑,量刑时既要考虑犯罪行为的社会危害程度,又要考虑刑事责任的大小。退还部分赃款、坦白部分事实是酌定从轻处罚情节,是否足以从轻,因案件的严重情况不同而有所不同,案件特别严重的,则不足以从轻。

2. *职责特殊,特定行业的社会危害性极大*

受贿罪的情节特别严重,是指在受贿数额特别巨大的基础上,因受贿行为给国家、社会和人民利益造成的危害与影响的程度极其严重,这也是受贿罪的危害明显不同于贪污罪的一个关键点。作为受贿罪死刑的裁量情节,情节特别严重也是必要条件,在具备受贿数额巨大的基础上,郑筱萸身居国家食品药品监督管理局局长这样关系国计民生的重要岗位,出于贪欲多次收受了巨额贿赂,不仅严重侵害公务员的职务廉洁性,而且置国家和人民的重要利益于不顾,为有关涉药企业谋取利益,导致国家对药品的监管失控,严重危及人民群众的生命健康,并严重损害了国家药监机关的公信力,社会影响极为恶劣,社会危害广泛而深远,显然属于情节特别严重。

七、受贿罪死刑设置的立法研究

受贿罪的死刑立法有两个层次的问题,其一,在保留受贿罪死刑的情况下,又如何严格控制和限制死刑的适用?其二,受贿罪的死刑是否应该继续保留,还是应该予以废止?笔者认为:首先,从应然角度而言,作为一种典型的非暴力犯罪,受贿罪的死刑应当废除,但是由于我国的基本国情又决定在目前的条件下不能立即废除受贿罪的死刑;其次,在目前保留死刑的前提下,为了限制和控制死刑的适用,需要对目前受贿罪的刑罚结构进行合理的设计和改造。

(一)受贿罪保留死刑下的立法限制与完善

在受贿罪的死刑问题上,一直存在着废除和保留的争议,双方都有各自合理的理由,在现阶段的条件下短时间还难以有最终的合意。笔者认为,死刑的废除是历史的潮流,是世界范围内法制发展与进步的大趋势,所以受贿罪死刑的废除是我国刑事法治发展的方向,也是刑事法律工作者的努力方向和历史使命。但是,实际上,死刑的发展必须和社会历史条件相适应,一味地超前也是不符合历史唯物主义的观点的。各个国家的人们只能根据本国国情与本国公民的平均价值观念讨论本国死刑的存废,而不能根据本国国情与本国公民的平均价值观念讨论其他国家或者全世界的死刑存废。[①] 考虑到目前国内的实际情况,目前还是以严格限制受贿罪的死刑为主要任务,完善受贿罪的刑罚设置,对于严格限制死刑适用具有重大的意义。笔者认为,在保留受贿罪死刑的前提下,要实现严格限制并控制死刑并最终废止受贿罪的死刑,主要有以下两

① 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第290页。

个步骤。

1. 受贿罪适用死刑的立法限制

笔者认为,暂时保留贪污贿赂犯罪的死刑是必要的,是符合国情和民意的。而接下来的关键问题是,在保留死刑的前提下应如何实现对贪污贿赂犯罪的死刑改良,以弥补存在的不足。①

首先,"暂时保留,控制适用,逐渐废除"是立法完善的指导思想。作为最为严厉的法律制裁手段,死刑毕竟是不人道的。如今,随着国际人权事业的日益发展,死刑逐渐成为被废弃的刑种。出于保障人权的需要,我们应当严格控制受贿罪的死刑。从宽严相济的角度而言,严格控制受贿罪的死刑符合刑罚轻缓化的要求,与刑罚谦抑思想密切联系,符合刑罚文明的发展潮流。另外,人的生命价值至高无上,财产是无法与之等价的。为了控制犯罪的需要,我们暂时保留受贿罪的死刑,但是必须严格控制适用,将其限定在最合理和最小的限度范围之内。严格控制受贿罪死刑应当坚持"少杀、慎杀"的原则,强调对该类犯罪死刑适用的司法控制。从历史发展的趋势来看,受贿罪的死刑最终将会被废除,在这个过渡过程中,从控制死刑到废除死刑,这是符合我国预防治理受贿罪的客观规律,在理论和实践中要予以坚持。

其次,严格限定死刑的裁量标准,扩大死缓的适用。在立法上严格限定死刑裁量标准并升格适用死缓是受贿罪死刑改良的重要步骤,现行刑法对于受贿罪死刑裁量标准过于原则,不利于死刑的限制。在构成受贿罪的前提下,首先受贿数额应当达到非常巨大,在此基础上重点细化"情节特别严重"的情形。可以通过司法解释的形式对"情节特别严重"进行列举,由立法明确规定哪些情形可以构成受贿罪刑罚升格的条件,明确了裁量标准,贪贿犯罪死刑适用就有了严格的限制条件,可最大限度地避免刑罚不公和滥用死刑的情况发生。

此外,尽量适用死缓是贪贿犯罪死刑改良的另一个重要渠道。死刑缓期执行制度是我国刑事政策上的一个重大创造,是贯彻"不杀"政策的重要方法。对确须判处死刑的,应尽量适用死缓的执行方法,减少立即执行。这样,即便判了死刑,也可最大限度地避免死刑的实际执行,给行为人悔过自新、重塑生命价值的机会。

再次,对外逃犯不适用死刑。"死刑犯不予引渡"是世界各国普遍遵循的国际惯例。许多国家废除了死刑或对贪污贿赂犯罪无死刑规定,而我国对贪污贿赂犯罪保留了死刑,这为中外刑事司法协助带来了一定的障碍。缘于这种障碍,中国的一些腐败官员事发后逃往境外,遭到所在国警方或国际刑警组织的拘捕,却往往无法引渡或遣返,既给国家造成了巨大的经济损失,同时还严重影响到我国司法管辖权的行使。为了真正实现惩治贪污贿赂犯罪的目的,维护我国的司法权威并赢得国际社会的尊重,

① 余杰:《贪污受贿罪的死刑改良及刑罚结构调整》,载《人民检察》2007年第21期。

我国应坚持承诺对外逃腐败分子的贪污贿赂犯罪不适用死刑,以此清除国际刑事司法协助障碍,促成外逃腐败分子成功引渡和遣返,有效地震慑和控制外逃贪污贿赂犯罪分子。

2. *受贿罪刑法结构的协调重构*

受贿罪的刑罚体系是一个整体,死刑只是这个刑罚体系的顶点。以上讨论仅仅从限制死刑的角度出发,目光也仅仅停留在受贿罪的死刑裁量标准上。虽然客观上看似对问题有了一些解释,但是脱离了受贿罪刑罚的整体,不免是空中亭台,水中圆月,美丽却朦胧。要真正实现受贿死刑裁量标准的适用,达到限制和控制死刑的目的,就要从完善整个受贿罪的刑罚体系入手。在这个问题上,众多刑法学家做了大量的探索,提出了很多具体可行的建议。从死刑的限制的角度而言,这些完善措施无疑具有非常重大的意义。受贿罪死刑标准的提高会带来另一个问题,也是整个刑法中所有的死刑罪名提高死刑标准所面临的,一方面不能适用死刑,另一方面其他的刑罚对已然之罪的惩罚又显得过于轻了,不能完全体现刑罚的功能即所谓的死刑过重,生刑过轻的问题。针对受贿犯罪的特点,怎样在既可以有效地控制和限制死刑,又能够实现罪刑均衡,可以从几个方面来考虑。

首先,受贿罪应当扩大罚金刑。受贿罪是一种典型的受贿犯罪,贪利性是其主要特征。现行刑法规定收受贿赂 5 万元以上的,可以并处没收财产,除此以外就没有再规定其他的经济惩罚措施,使得在司法实践中只能依靠没收财产这种单一的手段对受贿人进行经济上的处罚。但是这种没收财产刑本身具有很大的缺陷,即不具有灵活的伸缩性,不能完整的发挥罚金刑在预防抑制受贿罪中的作用。而罚金刑的裁量与犯罪人的犯罪行为涉及的财产密切相关,按照一般的刑罚原则,犯罪人贪占的财产越多,所处的罚金数量就相应提高。另外,在其他国家和地区的公务犯罪的刑法来看,也都是把罚金刑作为受贿罪的首要刑罚,例如,泰国、巴基斯坦、新加坡等亚洲国家都有罚金刑的规定。我国香港 1971《防止贿赂条例》对公务受贿罪规定了 10 万元罚金或 30 万元罚金;我国台湾地区规定了 5 000 元以下或 10 000 元以上的罚金。罚金已经成为一种公认的行之有效的刑罚方法,从刑罚和犯罪这类对应关系来看,罚金刑更适合于这类贪占财产型的犯罪。[①]

其次,受贿罪应当完善资格刑。我国现行刑法规定的资格刑表现为剥夺政治权利。对公民政治权利的剥夺可以排除其选举权和言论、出版、集会、结社、游行、示威以及担任国家机关职务或担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。但是刑法对贿赂犯罪的处罚中,除被判处死刑和无期徒刑而当然剥夺政治权利的外,对有期徒刑或拘役的处罚并未规定并处剥夺政治权利。对于受贿犯罪人,其犯罪行为

---

① 孟庆华:《受贿罪研究新动向》,中国方正出版社 2005 年版,第 456 页。

本身已经表明其职业道德的缺乏，因此只要构成受贿犯罪，就有必要限制其再次担任国家公职的资格。资格刑具有其他刑罚不可替代的独特功能。对职务犯罪分子判处资格刑，能够明白无误地反映国家法律对一定的犯罪行为及其实施者的否定的政治评价；能够剥夺或限制犯罪人的再犯能力；能够维护国家机关的信誉。

再次，受贿罪应当改革自由刑。在我国职务犯罪刑罚体系中，自由刑是适用范围最广泛的刑种。也是在限制死刑标准后协调罪刑关系最重要的刑罚，职务犯罪自由刑的设置一方面应当强调教育改造的功利目的，所设的刑罚以犯罪人重返社会为必须；另一方面应兼顾公正观念，做到罪刑相适应填补减少死刑后的刑罚空白。对于职务犯罪刑罚体系中的有期徒刑，可从以下方面进行调整：

第一，提高有期徒刑的上限。根据《刑法》规定，我国有期徒刑的期限为 6 个月以上 15 年以下，数罪并罚不得超过 20 年。按照这一规定，有期徒刑上限偏低，导致自由刑与死刑之间“一生一死”的跨度过宽、衔接不当，有损刑法的权威性及刑罚结构的连续性，不利于公正惩罚职务犯罪。我国学者提出，将有期徒刑上限提高到 20 年，数罪并罚不得超过 25 年。以增加有期徒刑的严厉性，并与无期徒刑相协调。[①] 笔者对此深表赞同，提高有期徒刑上限，还可以在目前的减刑规则下，增强死缓与无期徒刑的严厉性，从司法上有效限制职务犯罪死刑的适用。第二，缩短有期徒刑的幅度。自由刑的轻重衔接必须符合相对科学、合理的阶梯性结构。我国《刑法》中关于职务犯罪有期徒刑的幅度，较常见的为 5 年，最长的达到 10 年，法官的自由裁量权在 5 年以上 15 年以下，有期徒刑的幅度过大，容易导致司法擅断、量刑不公，无法落实从严从重查办职务犯罪的刑事政策。笔者主张，将职务犯罪有期徒刑的幅度降至 5 年以下，以体现刑罚的严密性，实现罪刑相适应原则，提高惩治职务犯罪的效果。[②]

受贿罪的其他刑罚措施的完善作为对死刑限制的刑罚体系支持，对受贿罪的死刑限制同样具有重大的意义。因此，职务犯罪刑罚体系的调整，应提高死刑裁量的标准，完善财产刑、资格刑的地位，使职务犯罪的犯罪成本高于犯罪收益，由自由刑为中心的刑罚体系，转向自由刑与财产刑、资格刑并重的刑罚体系，并且大力减少和控制死刑的适用，从而达到严格限制死刑，为今后废除死刑打好基础，最终更好地预防和减少职务犯罪。

（二）受贿罪死刑的存废研究

1. 我国刑法学界受贿罪死刑存废的争议

关于受贿罪死刑的存废问题上，目前，我国刑法学界对受贿罪的存废问题争议较多，分歧非常大。目前国内刑法学界主要存在两种对立的观点，即死刑保留论和死刑

---

① 陈兴良：《刑法哲学（修订三版）》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 423—424 页。

② 张蓉：《论职务犯罪刑罚体系的调整——刑事政策视野下的比较研究》，载《湖北社会科学》2008 年第 9 期。

废除论,争论各方也是从各种不同的角度和立场对受贿罪的死刑存废问题进行了充分的论证。其主要观点和理由如下:

(1)受贿罪死刑保留论

持受贿罪死刑保留论者的理由主要有以下几点:

首先,对贪污受贿罪适用死刑是民意的需要。对贪污受贿罪适用死刑满足了人们的报应观念,如果废止,普通民众从心理上难以接受。对贪污受贿罪适用死刑符合民意,是死刑保留论者最重要的立论之一。在民意基础上,中国也是世界上保留死刑民意统计数最高的国家,起码绝对数是如此。中国社会科学院的一项调查显示,中国同意全面废除死刑的人比例不足1%。当前,我国贪污受贿犯罪形势严峻,普通民众要求"从严治贪"的呼声很高,如果断然废止该两罪的死刑势必会引起民意的强烈不满。鉴于民意对立法的重要影响,我国目前还不可能废止贪污受贿犯罪的死刑。①

其次,贪污受贿罪死刑是打击该类犯罪的需要。当前我国的国情是腐败现象非常严重,废除受贿罪死刑不符合我国的国情。我国党和政府始终高度重视对贪污受贿犯罪给予严厉打击,报端时常有关于一些高级别政府官员被判处死刑的报道,赢得了人民群众的支持。所以,贪污受贿罪死刑是现阶段我国惩治贪污受贿犯罪的重要手段。废除受贿罪死刑更加不利于惩治犯罪,故保留为宜。正如有学者所言:"不得滥用死刑,不要迷信重刑,但是在社会主义初级阶段,要大幅度的消减死刑乃至废除死刑,又是不可能的。"②2006年初,前最高人民法院院长肖扬在参加十届全国人大四次会议期间回答记者就逐步废除贪污罪、受贿罪等犯罪的死刑问题提问时说:"目前还不符合国情,不可能废除死刑。"同时,肖扬强调:"我们要慎用死刑,确保人权。"这是代表我国最高司法机关关于贪污受贿死刑的权威性意见。③

第三,死刑可以威慑潜在的犯罪人,是预防贪污受贿犯罪的有效办法。目前,贪污受贿犯罪长期处于高发态势,大案不断、高官纷纷落马,反贪污受贿犯罪形势严峻。贪污受贿罪死刑,对可能犯罪之人具有最大的威慑力——谁不珍惜自己的生命。刑罚的威吓作用来自于人们对受刑之苦的恐惧,刑罚越严厉,有理性的人越害怕,贪污受贿罪的潜在犯罪人多是受过高等教育,具有较高素质的人,他们会衡量贪欲的满足与生命价值是否相称。在该两罪仍持续处于高发态势的情况下,断然废止贪污受贿罪死刑显然不合时宜。对贪污受贿犯罪的罪犯,死刑可以从根本上防止其再犯。甚至有的贪污受贿罪死刑保留论者认为,目前贪污受贿犯罪持续高发,正是因为没有实行扩大的死刑政策,致使死刑的威慑力没有完全发挥所致。④

---

① 郭林虎:《死刑废除论的误区》,载《北京政法职业学院学报》2005年第2期。

② 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第289页。

③ 参见《2001—2006年最高人民检察院公报》,最高人民检察院法律政策研究室编辑出版。

④ 梁根林、张文:《对经济犯罪适用死刑的理性思考》,载《法学研究》1997年第1期。

(2) 受贿罪死刑废除论

当前许多学者认为受贿罪的死刑当废除。甚至还有一些学者主张刑法全面废除死刑,持受贿罪死刑废除论者的主要理由有以下几点:

首先,受贿罪作为非暴力犯罪的一种,以经济价值来衡量生命,违反了最朴素的报应原理和刑罚等价原则。[①] 受贿罪属于典型的非暴力犯罪,其情节再严重,它所造成的社会危害性也不至于侵犯他人生命权利、国家安全和公共安全;它所侵害的权益的价值终归低于人的生命的价值,对其适用死刑,是对人生命的贬低。另外,它也不具有任何致人死亡的因素,其所侵害的权益是国家工作人员的职务廉洁性。而国家工作人员职务廉洁性的价值显然低于人的生命价值,因此,按照限制死刑分配的质的标准,此二罪的死刑应予废除。[②]

其次,从实践效果来看,受贿罪呈现逐年增加之势,死刑的威慑作用不明显,没有达到有效预防犯罪之目的。死刑对预防贪污受贿犯罪是没有必要的。有学者认为,增加死刑不是预防遏制犯罪的有效方法,那种认为只要犯罪人罪行极其严重就可以适用死刑,而不考虑预防犯罪所必需的观点,是一种只见树木不见森林的认识,只会使死刑的裁量陷于纯客观的报应主义的泥潭。[③]

第三,从国际刑事立法潮流来看,死刑的废除和限制是世界性的趋势。而作为一种职务型的经济犯罪,设置死刑更是违背当今国际刑事立法的潮流。从世界范围来看,截止到2007年,世界上有近2/3的国家从法律上废除死刑和事实上废除死刑;根据联合国《公民权利和政治权力国际公约》第6条第2款的规定:"在未废除死刑的国家,判处死刑只能作为对最严重罪行的惩罚。"按照联合国《保护面临死刑者权利的保障措施》解释的最低标准,"最严重罪行之范围不应超过具有致命的或者前提极其严重之结果的故意犯罪。"可见,我国的死刑立法与国际潮流还有很大的差距,作为典型非暴力犯罪的受贿罪,当然要废除死刑。[④]

2. 受贿罪应当废除死刑

笔者认为,从死刑改革的长远目标来看,受贿罪的死刑应当废除,主要有以下理由:

(1) 受贿罪的死刑设置不符合受贿犯罪的特点

作为一种贪利性犯罪而言,通过死刑遏止其发生要具有正当性和有效性,必须具备两个基本条件:一是与这类犯罪的特点相适应;二是与这类犯罪发生的规律相匹配。但理性的分析结论只能是:利用死刑与贪利性犯罪作斗争,在反犯罪策略上是缺乏事

---

① 邱兴隆:《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》,中国政法大学出版社1998年版,第360页。
② 胡云腾:《存与废——死刑基本理论研究》,中国检察出版社2000年版,第238页。
③ 马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社2002年版,第430页。
④ 王亚妮:《贪污贿赂犯罪死刑是立法反思》,载《西藏民族学院学报(社会科学版)》2006年第5期。

实根据的一种非理性选择。社会危害性程度是决定刑罚配置轻重和适用的基本依据。然而,社会危害性程度始终是行为的客观危害性与主观意志不相容性的统一,因为犯罪原本就是一种触犯了某种强烈的、具有十分鲜明的集体情感的行为。死刑作为以暴制暴的极端形式,本质上是国家以社会的名义对实施了最严重罪行的犯罪人的一种合法谋杀。死刑的特点在于:以剥夺犯罪人的生命为其恒定不变的内容,并且一旦适用便无法补救。① 贪利性犯罪侵犯的是财产权益,破坏的是市场经济秩序和社会管理秩序,不仅行为中不包含暴力因素,而且也不以他人人身安全为犯罪对象;从行为结果看,其造成的损失主要是经济性、财产性的损失;从行为人的主观心理看,虽然有犯罪的故意,并受牟利动机的驱使,但即使行为发生了人身伤亡的实害结果,行为人主观上并不希望或放任这种严重结果的发生。就这类行为的性质和实害而言,显然不能等同于故意杀人之类的最严重的罪行。

(2)受贿罪的死刑威慑作用不明显

死刑是否需要废止,要看死刑是否有用:有用就要存置,无用则需废止。死刑的有用性至少表现在死刑是否足以抑制那些以死刑惩治的恶性犯罪。②

从司法实践上看,死刑对贪污受贿犯罪没有有效的威慑力。根据2001年—2006年《最高人民检察院公报》数据显示,2000年全国检察机关立案侦查贪污贿赂、渎职案件45 113件,犯罪数额百万元以上1 335件;2001年全国检察机关立案侦查贪污贿赂犯罪案件36 447件,涉案人40 195人,犯罪数额百万元以上的1 319件;2002年全国检察机关立案侦查贪污贿赂、渎职案件207 103件,犯罪数额百万元以上的5 541件;2003年全国检察机关立案侦查职务犯罪案件39 562件,涉案人数43 490人,立案侦查贪污受贿、挪用公款等案件18 515件,其中涉案金额1 000万元以上的123件;2005年全国检察机关立案侦查贪污贿赂案件中查处的省(部)级干部就有13人。③ 由此可见,死刑对于职务犯罪的威慑和预防的职能是非常有限的。认为设立死刑就可以达到威慑犯罪人和预防犯罪,只是一厢情愿的幻想而已。

二百多年前,贝卡里亚就指出:对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性,而是刑罚的必定性。因为对人们来说,即使是最小的惩罚,只要是无可避免,总会让人害怕,相反,即使刑罚十分严酷,但只要给人们留下一线能够逃脱的希望,就可能造成鼓励人们出于侥幸心理冒险实施犯罪行为的恶劣效果。我国当前受贿犯罪高发的原因之一,就在于我国在市场经济初期市场化的不完全、政策的漏洞和打击措施的滞后等。遏制乃至消除贪污受贿犯罪的根本,不在于设置,甚至强化死刑,而在于建立完善

① 张远煌:《贪利性犯罪死刑正当性的犯罪学追问》,载《现代法学》2007年第5期。

② 陈泽宪主编:《死刑中外关注的焦点》,中国人民公安大学出版社2005年版,第23页。

③ 参见《2001—2006年最高人民检察院公报》,最高人民检察院法律政策研究室编辑出版。

的反贪污受贿犯罪的机制。①

（3）废除受贿罪的死刑符合国际立法潮流

死刑保留论者认为，我国的腐败现象还很严重，给国家利益和人民群众利益造成了巨大的损失，废除受贿罪死刑不符合我国国情。虽然世界立法趋势是废除和严格限制死刑，但是考虑到我国的现实国情，暂时不能废除死刑。所谓我国现实国情不能成为保留受贿罪死刑的理由，废除职务犯罪死刑更符合我国国情。原因如下：

首先，废除包括受贿罪的非暴力犯罪的死刑是中国法制建设的进步。根据联合国《公民权利和政治权利国际公约》第6条第2款的规定："在未废除死刑的国家，判处死刑只能作为对最严重罪行的惩罚。"按照联合国《保护面临死刑者权利的保障措施》解释的最低标准，"最严重罪行之范围不应超过具有致命的或者前提极其严重之结果的故意犯罪。"我国刑法和国际公约关于死刑适用于何种犯罪的规定是有差距的。我国政府已于1998年10月5日签署了联合国《公民权利和政治权利国际公约》，2005年底全国人大常委会已经提出通过这一公约的草案，相信不久我国人大就会通过这一公约，到时我国必须履行公约规定的限制死刑并最终废除死刑的义务。在我国不允许全面废除死刑的国情下，首先废止包括贪污受贿犯罪在内的非暴力犯罪死刑就成为可能。

其次，废除受贿罪死刑有利于实现国际刑事司法协助。按照引渡条约，多数国家适用死刑犯不引渡规则，对职务犯罪设置死刑，贿赂犯罪的死刑配置客观上为外逃腐败分子提供了规避法律制裁的空间。近年来，有通过引渡或其他司法协助机制成功引渡案犯或者实现追赃的成功案例，但数量很不可观。根据商务部研究院在《离岸金融中心成中国资本外逃中转站》报告中的不完全统计，我国外逃贪官目前有400多名，卷走的资金约在500亿元左右。如果可以废除受贿罪的死刑，大量的犯罪就可以被追诉，资金被追回的机会也会更大，同时也增加了犯罪风险和成本，作为典型的贪利性犯罪，风险成本是行为人作出犯罪决定的重要参考变量，从而更加有效地预防犯罪，更加符合我国现阶段的国情。②

3. 受贿罪死刑废除的阻碍

虽然废除受贿犯罪的死刑也是死刑改革的目标之一，也是保障人权的终极目的蕴含的必然结果，无论从应然的角度而言，还是从符合历史发展潮流来说，死刑包括职务犯罪在内的死刑终究要被废除。但是，理想和现实之间还是存在一定的差距，就目前而言，其他非暴力犯罪的死刑废除都还是困难重重的情况下，何况是职务犯罪呢？笔者认为，受贿犯罪的死刑废除之所以遭遇困境是必然的，因为废除受贿犯罪死刑的条

① 〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社2005年版，第110页。

② 余捷：《贪污贿赂犯罪的死刑改良及刑罚结构的调整》，载贾宇、张军、李洁主编：《和谐社会的刑法现实问题（中国刑法学年会论文集2007年度）》，中国人民公安大学出版社2007年版，第1170页。

件和时机都没有成熟。从历史传统、社会现实以及民众态度上来看,受贿犯罪死刑废除的阻碍有很多。

(1)我国古代受贿罪死刑传统根深蒂固

在我国古代各个时期,对包括受贿在内的职务犯罪都有死刑规定。根据《左传·昭公十四年》记载,在皋陶造律时便有"恶而掠美为昏,贪以败官为墨,杀人不忌为贼。《夏书》曰'昏、墨、贼、杀,皋陶之刑也'。"这可能是惩治贪污受贿最早的法律内容。这种传说中的"皋陶之刑"被后来的夏王朝所确认,它规定了对犯"墨"者即有"贪赃枉法、败坏官常"行为的要处以死刑。西周时期制定的《吕刑》中规定了"五过之疵",即"惟官、惟反、惟货、惟内、惟来"。贪赃枉法,收受贿赂者为"惟货",凡典狱官吏有一于此,"其罪惟均"即犯之者与罪犯同罪,即"失刑则刑,失死则死"。魏国的李悝,在制定我国第一部有可靠记载的封建法典《法经》中,明确规定了"六禁",其中"金禁"就是按照封建等级对受贿犯罪的禁律,"丞相受金,左右伏诛,尽首以下受金则诛。"对身居高位的丞相和将军收受钱财,连左右都要连坐死刑。可以说,夏商周时代对职务犯罪的重刑主义对后世有很大的影响,从那以后,我国从严治吏的传统一直不断发展,贯穿了整个封建时代。

秦、汉两朝是我国最早的统一的中央集权制封建国家。秦律对吏治颇重视,对官吏犯贪污、受贿等经济犯罪规定了极为苛细的刑事责任,在云梦秦简中的《语书》及《为吏之道》中告诫官吏要"廉攀",即廉洁,"精廉"即清廉,就有戒除官吏贪污、受贿犯罪的意思。《为吏之道》提出,"受令不悛"执行法令不及时"安家室忘官府"和"居官搜取",为"五失"。吏有五失"身及于死"。汉承秦制。萧何在《法经》基础上加三篇成《九章》,汉代法律对惩治官吏贪污、受贿等经济犯罪的立法较完备,对受贿罪的两种形式,即"枉法受财"和"恐猲受财"前者为贪赃枉法,后者则指利用职务之便相要挟、索取贿赂,都要判刑。"坐受财枉法……皆弃市",可见其处刑之严。汉律对王公大臣犯贪污、受贿等经济犯罪,也给予不同制裁,或取消"封邑",或免为"庶人",或"弃市"。秦汉时期对职务犯罪的立法,标志着古代统治者以严刑峻法作为反腐败的主要手段的形成。

唐朝首次以国家大法的形式,把有关惩治贪污犯罪的规定作为法律固定下来,《唐律》对官员贪污贿赂惩治的单独立篇规定,标志着封建王朝对贪官污吏进行严厉惩治的一次高峰。唐朝初期,唐太宗"深恶官吏贪浊,有枉法受财者,必无赦免",并总结了历代惩治贪官污吏的立法经验,《唐律疏议》第二篇《职制律》中对受贿犯罪作了较系统的规定,首次在法律条文中出现了六种非法占有公私财物的犯罪总称——"六赃"。《唐律疏议·名例律·以赃入罪》的"疏议"曰:"律,'正赃'唯有六色,强盗、窃盗、枉法、不枉法、受所监临及坐赃。自外诸条,皆约此六赃为罪。"除强盗外,其余五赃皆与贪污受贿有关。并规定贪污受贿者不得享受"请、减"等特权。对贪官污吏的严加追

究，真正在明朝达到了顶峰时期。朱元璋亲自汇集一批法外加刑的案例，加上一些法令和自己的训话，陆续编成并颁发《大诰》、《大诰续编》和《大诰武臣》。它是《大明律》的补充，也是"法外之法"。洪武二十年，朱元璋又下令修订《大明律》，加重了对谋反、强盗、官吏犯赃等直接危害皇朝行为的惩处力度，官吏贪赃银钞六十两以上的枭首示众，仍处以剥皮之刑。明朝法律所涉及官员贪污受贿范围之广，适用的刑罚之重均为历代罕见，还创造了"剥皮实草"的酷刑，成为重刑治吏的典范。从开国以来，两浙、江西、两广、福建的地方官因贪赃被杀的很多，很少人能做到任满。从洪武元年到十九年，竟然没有一位官员做到任期期满的，往往未及终考就遭到贬黜或被杀头。①

综上，纵观我国古代历史，选择严刑峻法针对腐败的滋生和蔓延，以暴制暴，很早就在我们治国的思想中出现，并且一直延续到今天。尤其从我国历代封建王朝制定对官吏惩处的法律上看，都体现了从严惩处，以儆效尤的思想。可以说，在漫长的岁月里，贪腐官员的血迹未曾干过。这种历史传统深刻地影响了我们的死刑观念，面对严重的职务犯罪，我们似乎第一反应就是杀之平民愤，除了包括死刑在内的严刑峻法，我们没有什么别的办法。所以，在整个古代社会，贪官该杀是几千年来没有人怀疑过的真理，严峻的腐败现象和贪官死刑一起发展，以死刑来应对腐败现象的历史传统在短时间里还不能彻底改变。

(2) 我国当前的腐败犯罪形势决定还不宜废除受贿犯罪的死刑

从我国的现实情况考察，严峻的反腐败斗争形势、受贿犯罪的发展趋势以及党和国家加大反腐败力度的刑事政策决定了在一定时期内，死刑作为一种威慑力量在综合治理的反腐败斗争体系中还占有一定的位置。

首先，我国当下受贿犯罪非常严重，大案要案层出不穷，对国家经济生活和国家机关公信力造成很大危害。目前我国受贿犯罪呈现出这样的特点，受贿犯罪"越打越多"，受贿官员"越打越大"，受贿犯罪的恶性膨胀——受贿犯罪越来越多、受贿数额越来越大、犯罪后果越来越严重、受贿官员级别越来越高；受贿犯罪日益渗透社会，具有更大的复杂性。受贿官员往往是默许、指示、操纵、包庇自己的亲属收受贿赂，并且利用职权为亲属创办的公司提供各种便利，牟取暴利，官员的亲属直接卷入官员腐败犯罪行为中，腐败官员与黑社会组织、走私犯罪集团等犯罪势力相勾结。这样的新形势导致受贿犯罪较之之前的受贿犯罪具有更大的社会危害性。在政治上，那些权力在握的官员们，以腐朽的思想和腐败的行为极大地损害了社会大众的利益，极大地伤害了人民对政府和共产党的感情和信任，严重损害了党和国家的公信力；在经济上，职务犯罪造成了大量的经济损失，据国情研究中心初步估计，20 世纪 90 年代后半期，贪污受

① 李文生、田凯：《我国古代反腐败严刑峻法策略的审视》，载《检察实践》2003 年第 6 期。

贿犯罪所造成的经济损失和消费者福利损失非常巨大,占全国 GDP 总量比重超过10%。[①] 面对这样严重的腐败形势,在没有其他有效的控制办法或者没有更成熟稳定的防控机制的情况下,杀一儆百似乎是自然的选择。

其次,在受贿罪领域,犯罪化将成为一个单向趋势。当前受贿罪发案率之高尽人皆知,而且往往受贿人还因为受贿而进行其他犯罪活动,造成更严重的后果,所以进行严厉的打击和严密的防范是必然的选择。关键在于,这一严密措施应当坚决地遵循犯罪化的道路,同时反映出用严密的法网预防犯罪的价值取向,以及追求构筑完善的受贿罪体系的最终目的。随着市场经济的深入发展,权力寻租现象会日趋增多,从而我们在完善非刑事体制之外,几乎只有一个选择,就是依据新的受贿行为特点,将其列入刑法制裁行列。[②] 从世界各国来看,尽管非犯罪化、非刑罚化是当代的潮流,但是在受贿罪领域并没有减少罪名,反而采用了多样化的罪名,构成严密的受贿罪体系。犯罪化虽然并不是必然与重刑化联系在一起,但是在我国特殊历史转型期的条件下,由于没有采用多样化的受贿罪的罪名,仅仅靠一个受贿罪罪名无法满足所有的受贿形态的法定刑需要,犯罪化和重刑化似乎是一对孪生兄弟,面对各式各样新的受贿犯罪的认定方式,必然会抬高更为严重的受贿犯罪的法定刑幅度,死刑的废除也就有更大的阻力。

最后,党和国家目前还是对受贿等其他职务犯罪采取严厉打击策略,废除受贿犯罪死刑不合时宜。在中共中央发布的《建立健全惩治和预防腐败体系 2008—2012 年工作规划》(以下简称"工作规划")中,提出"旗帜鲜明地反对腐败,对任何腐败分子都必须依法严惩,决不姑息。以查处发生在领导机关和领导干部中滥用职权、贪污贿赂、腐化堕落、失职渎职的案件为重点,严肃查处官商勾结、权钱交易和严重侵害群众利益的案件,利用干部人事权、司法权、行政执法权、行政审批权索贿受贿、徇私舞弊的案件。"工作规划同时表示:"坚持标本兼治、综合治理、惩防并举、注重预防的方针,扎实推进惩治和预防腐败体系建设。"表明党对当下腐败形势和遏制途径有着清醒的认识,初步形成了一套行之有效的、具有中国特色的反腐败科学理论体系,反映的正是中央反腐败要坚持"两手抓、两手都要硬"和标本兼治、治标更要治本的正确决策。同时也说明在今后相当一个时期内,对包括受贿罪在内的职务犯罪始终是严厉治理的主要对象。在严峻的反腐败斗争形势得到缓解之前,死刑的废除的确言之过早。

(3) 我国大多数民众还不接受废除受贿罪的死刑

所谓民意,是指社会大众对某事物表现出来的一种集群性的态度。从严格意义上而言,"民意"不能算是一个严格的刑法学概念,它更是一个普通社会词汇,但是在死刑

① 程铁良:《胡鞍钢:反腐败重点在经济系统》,载《法制与新闻》2001 年第 12 期。

② 王兴晓:《刑事政策指导下受贿罪定罪的立法完善》,载《武警学院学报》2008 年第 7 期。

改革的研究中,“民意”又有着其特殊的地位。无论我们在理论上如何论证废除死刑的正当性理由,但是在“民意”面前,这些理由似乎都是不堪一击。那么如何理解民意在受贿犯罪存废问题的地位和意义,就是我们要解决的重要问题。

首先,从学者们的研究来看,在当代中国,绝大多数民众反对废除死刑,甚至限制死刑都没有得到广泛的支持,崇尚死刑的观念还是非常普遍的。具体到贪污受贿犯罪,有学者的网络调查显示,大多数人反对废除贪污受贿类犯罪的死刑,并且认为,惩罚不严是腐败违法的根源,废除贪污贿赂犯罪难以震慑其他贪污腐败分子,而会更加助长他们的气焰。① 由此可见,增加受贿犯罪死刑适用虽然在理论上赞成与支持者不多,但是在司法实务界和普通民众中有相当的共鸣,而且近年来的死刑立法很大程度上也是受到了这种观点的影响,作为腐败犯罪的受贿犯罪,其死刑的废除必然会遭到民意的强烈反对。②

其次,民意本身还有其固有的缺陷,其生成机制和表达方式都有很大的局限性。首先,民意的主体具有多样性,什么人都可以表达民意。而在现代社会环境下,民意具体体现为新闻媒体和网络,而这些表达主体不能代表所有的社会民众,广大的农民和低收入阶层人民则几乎没有话语权,这种主体的多样性的特点使得民意没有全面的民众基础;其次,民意内容的多样性,不确定。由于主体多样性,使得民意的表达内容很复杂,很少形成统一的态度,甚至有可能自相矛盾;再次,了解民意的机制不健全。我国没有专业的民意调查机构,对民意的收集也很随意,不能真实地反映民意的内容和变化;最后,民意的表达渠道不畅通。在目前的情况下,民意的表达是很有限的,媒体舆论对民意缺乏积极性,网络表现的人群态度也不能充分地表现事实。

再次,在反对废除职务犯罪死刑背后,体现出民意对死刑威慑功能的功利性认识以及社会公正的朴素追求。大多数公众认为,死刑具有强烈的威慑力。虽然对于社会中的大部分人来说,基于良知而非刑罚的威慑就可以使之不去犯罪,但是对于潜在的犯罪人来说,刑罚产生的威慑仍然具有巨大的威慑效果。对于崇尚和保留受贿罪死刑的人来说,死刑既是对严重受贿犯罪者的报应,也是威慑此类严重犯罪不再发生的有效手段。死刑的威慑作用在前文的分析中可知并没有我们想象的那么明显,但是民众的态度并不因此消减对死刑威慑的盲目迷信。更有网民认为对贪污受贿犯罪人“应该恢复凌迟和腰斩”、“诛九族”等,如此不理性的言论更是表明民众对职务犯罪死刑废除的抵触情绪。③ 另外,社会公正是法律的基本价值之一,但是在公众的视野中,社会公正却有着独特的视角。包括受贿罪在内的职务犯罪被认为是社会强势群体所犯的罪

---

① 王东阳:《当代中国死刑民意的状况、成因及其变革路径》,载《刑法论丛》第14卷。

② 赵秉志、肖中华:《论死刑的立法控制》,载赵秉志主编:《死刑制度之现实考察与完善建言》,中国人民公安大学出版社2006年版,第34页。

③ 王东阳:《当代中国死刑民意的状况、成因及其变革路径》,载《刑法论丛》第14卷。

行,这些罪行可以没有死刑,而下层的弱势群体所可以犯的抢劫、杀人等暴力犯罪就一定要有死刑。这种类似"窃钩者诛,窃国者诸侯"的状况违反了民众朴素的公正观念,这种观念虽然在从事刑事法研究的学者那里可能成为笑谈,但是在现实中确实客观存在着。

八、结语

综上所述,职务犯罪的死刑废除虽然是国际潮流和趋势,是历史发展的必然,而且经过法学家们的努力,应然上废除包括受贿罪在内的职务犯罪已经成为我国刑法学界的主流意见。在面对我国死刑立法和司法落后于世界时代潮流的现状,以及我国特定历史文化传统、特定实力发展阶段以及滞后的死刑观念,使得废除受贿罪的死刑只是一盏挂在远方的灯,虽然是一个明亮的目标,但是道路依然黑暗。因此笔者认为,受贿罪死刑的废止是一个不可逆转的历史潮流,终究有一天要被彻底废止。但是目前我国的现实社会情况还不具备立即废止受贿罪死刑的时机,作为务实的态度,目前要严格死刑的限制的措施,完善受贿罪的刑罚机制,明确受贿罪死刑的量刑标准,严格限制受贿罪的死刑适用,从而为以后的死刑废止打好法制基础,并且逐步过渡到最终废止受贿犯罪的死刑立法。

附录一

北京市第一中级人民法院刑事判决书

(2007)一中刑初字第1599号

公诉机关:北京市人民检察院第一分院。

被告人郑筱萸,男,62岁(1944年12月10日出生),汉族,出生地福建省福州市,大学文化,原系国家食品药品监督管理局局长,曾任国家医药管理局局长、国家药品监督管理局局长,住北京市朝阳区幸福二村30楼5门502室。因涉嫌犯受贿罪于2007年3月10日被逮捕。现羁押于公安部秦城监狱。

辩护人张庆、刘宁,北京市公元律师事务所律师。

北京市人民检察院第一分院以京一分检刑诉[2007]第85号起诉书指控被告人郑筱萸犯受贿罪、玩忽职守罪,于2007年4月27日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案。北京市人民检察院第一分院指派副检察长周晓燕、检察员杨琦、代理检察员马全、邓岩出庭支持公诉。被告人郑筱萸及其辩护人张庆、刘宁到庭参加诉讼,现已审理终结。

北京市人民检察院第一分院指控,被告人郑筱萸于1997年6月至2006年12月,

利用其担任国家医药管理局局长、国家药品监督管理局(以下简称国家药监局)局长和国家食品药品监督管理局局长的职务便利,犯有受贿罪;担任国家药监局、国家食品药品监督管理局局长期间,在统一换发药品批准文号专项工作(以下简称专项工作)中,犯有玩忽职守罪。具体犯罪事实如下:

一、受贿罪

(一)1999年10月至2003年8月间,被告人郑筱萸利用担任国家药监局局长、国家食品药品监督管理局局长职务上的便利,为双鸽集团有限公司(以下简称双鸽集团)下属公司申报的一次性使用无菌注射器和一次性使用输液器办理医疗器械注册证的审批提供帮助,并签批同意其下属公司申报的"甘露醇注射液"等24种药品的生产或注册。1997年6月至2005年12月,郑筱萸通过刘耐雪收受该公司负责人以顾问费、入股分红名义给予的人民币33.16万元;2002年,郑筱萸通过郑海榕在上海收受该公司负责人给予的人民币17万元,用于交付购买上海市普陀区凯旋北路一套房屋的首付款;2005年1月至2006年5月,郑筱萸通过郑海榕在上海收受该公司负责人以股份权益名义给予的人民币25万元以及免去用于购买上海市浦电路双鸽大厦438号507室的首付款人民币199.25万元。以上共计人民币292.91万元。

(二)2000年7月,被告人郑筱萸利用担任国家药监局局长职务上的便利,为浙江康裕制药有限公司(以下简称康裕公司)"人工合成盐酸麻黄碱"研制项目的审批事宜提供帮助。为此,郑筱萸于2001年4月通过郑海榕在香港收受该公司负责人给予的100万港元,折合人民币105.53万元。

(三)2002年至2003年9月间,被告人郑筱萸利用担任国家药监局局长、国家食品药品监督管理局局长的职务便利,为北京市斯格利达天然医药研究所代理进口的"珮夫人止咳露"进口计划的审批提供帮助,并签批同意北京奇源益德药物研究所申报的"注射用清开灵"的注册。2003年6月至2006年1月,郑筱萸通过刘耐雪先后收受该研究所负责人给予的人民币104.4046万元,分别用于支付以郑海榕名义购买的北京市海淀区雪梨澳乡小区一套别墅的首付款、银行按揭贷款、装修费、购买家具等。

(四)1999年底至2003年10月间,被告人郑筱萸利用担任国家药监局局长、国家食品药品监督管理局局长职务上的便利,为广东某公司及其下属公司在办理进口化学药品原料"盐酸纳洛酮"、申请成为药品零售跨省连锁试点企业、办理《药品经营许可证》等事宜提供帮助。2000年6月至2006年12月,郑筱萸通过郑海榕收受该公司负责人每月以资助名义给予的人民币1万元,共计人民币73万元;2005年上半年,郑筱萸通过郑海榕收受该公司负责人给予的人民币25万元。以上共计人民币98万元。

(五)2004年3月至11月间,被告人郑筱萸利用担任国家食品药品监督管理局局长职务上的便利,在山东长清制药厂起诉国家食品药品监督管理局的行政诉讼过程中,接受北京光明中医烧伤创疡研究所(以下简称光明研究所)负责人的请托,为被列

为诉讼第三人的该研究所和汕头市美宝制药有限公司通过诉讼最终获得“湿润烧伤膏”的生产批准文号提供帮助。为此,郑筱萸于2004年3月在其办公室内,收受该研究所负责人给予的2万美元,折合人民币16.5542万元。

(六)2004年6月至9月间,被告人郑筱萸利用担任国家食品药品监督管理局局长职务上的便利,为中华茂祥集团有限公司下属公司申报的“重组人干扰素α2a凝胶”的注册审批提供帮助,并签批同意其下属公司申报的“注射用苦参素”、“流行性感冒裂解疫苗”的注册。2003年7、8月至2005年3月间,收受该公司负责人给予的人民币共计12万元。

(七)2004年6月至2005年3月间,被告人郑筱萸利用担任国家食品药品监督管理局局长职务上的便利,为海南普利制药有限公司申报的“注射用盐酸曲马多”、“注射用乙酰谷酰胺”等药品的注册审批提供帮助,并签批同意该公司申报的“注射用尼莫地平”等6种药品的注册。2001年至2005年间,先后多次收受该公司负责人给予的人民币11.5万元。

(八)2002年6月,被告人郑筱萸利用担任国家药监局局长职务上的便利,为咸阳步长制药有限公司申报的“脑心通胶囊”从地方标准升为国家标准提供帮助,并在其办公室内收受该公司负责人给予的1万美元,折合人民币8.277万元。

二、玩忽职守罪

被告人郑筱萸在担任国家药监局局长、国家食品药品监督管理局局长,直接分管药品注册司工作期间,在专项工作中,不认真履行职责,失职渎职,造成严重后果。

(一)被告人郑筱萸应当预见而未能预见专项工作的重要性和如果处置不当可能造成的严重后果,违背重大事项请示报告制度和民主决策程序,草率决定并启动了专项工作。2000年10月,国家药监局为整顿药品市场,发布了《规范药品包装、标签、说明书管理规定(暂行)》,即国家药监局第23号局令(以下简称23号局令)。因2001年12月1日即将实施的修订后的《药品管理法》规定药品必须符合国家标准,将取消药品的地方标准。为配合该法的实施,2001年3月1日,国家药监局药品注册司请示郑筱萸,把贯彻23号局令与专项工作结合起来,并提出总体工作方案。郑筱萸没有认识到该项工作的重要性、复杂性,违反有关规定,在没有深入调查研究、没有认真听取有关部门和地方药品监督管理部门的意见、没有经过集体研究决定、没有向国务院请示报告的情况下,于2001年4月10日草率签发了国药监注[2001]187号《关于贯彻实施23号局令,统一药品批准文号工作的通知》(以下简称187号文件),启动了涉及全国范围的专项工作。

(二)被告人郑筱萸不认真履行职责,对专项工作疏于职守、领导不力、审查把关不严。郑筱萸没有将专项工作作为国家药监局的重要工作来组织、领导和实施,仅安排药品注册司一名副司长担任专项工作领导小组组长,成员大多临时抽调,且更换频

繁。由于前期工作部署不周，导致无法在限定时间内完成任务。为此，郑筱萸在没有认真审核的情况下，又于2001年12月31日草率签发了国药监注[2001]582号《关于做好统一换发药品批准文号工作的通知》（以下简称582号文件），将187号文件明确规定的“专项小组对上报材料进行汇总与复核”改为“企业申报时可以提供的有关材料可为复印件，由省级药监部门重点审核其原生产批件和原始档案，专项小组仅对上报的资料进行形式审核，并对原始档案进行抽查核对”，从而降低了审核把关标准，削弱了对下监管力度，致使大量不符合国家标准的药品获得批准文号。

（三）被告人郑筱萸不正确履行职责，草率同意给违规审批的药品换发了药品批准文号。在专项工作后期，郑筱萸不正确履行监管职责，对违反国务院、卫生部以及国家药监局有关规定获得批准文号的药品，于2003年3月25日签批同意仅以《药品生产质量管理规范》（GMP）为标准，给其中绝大部分药品换发了国家标准文号。被告人郑筱萸的上述玩忽职守行为，致使国家和人民的利益遭受重大损失。一是导致药品监管失控。经国家食品药品监督管理局2006年对部分省市药品生产企业进行抽查，发现有大量的药品批准文号系在统一换发药品批准文号期间以造假获得，现已被注销；二是增大了人民群众的用药风险。在清查中已发现经郑筱萸批准换发了批准文号的个别药品已被确定以假药论处；三是严重损害了国家机关的公信力，造成了恶劣的社会影响：为了消除隐患，国家食品药品监督管理局已于2006年9月决定对全部已经换发的药品批准文号进行全面重新清理。

北京市人民检察院第一分院向本院移送了指控被告人郑筱萸犯受贿罪、玩忽职守罪的书证、证人证言、被告人供述等证据，认为被告人郑筱萸身为国家机关工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物，数额特别巨大，情节特别严重；严重不负责任，不认真履行职责，致使国家和人民利益遭受重大损失，并造成了恶劣的社会影响，情节特别严重，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第三百八十三条第一款第（一）项、第二款、第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百九十七条第一款、第六十九条之规定，已构成受贿罪、玩忽职守罪，提请本院依法惩处。

被告人郑筱萸对公诉机关指控其犯受贿罪予以供认，对指控其犯玩忽职守罪辩称：1. 国家药监局领导班子成员中无人提议将专项工作列入该局的工作重点，他当时认为该工作就是注册司的一项工作。2. 582号文件虽然对187号文件规定的审查方式进行了修改，但要求省药监局把关，并规定药品文号审批后上网公示，实际上并没有降低审查标准。3. 其同意以生产质量管理规范认证为标准，批准给地方违规审批的药品换发文号，是因为药品的质量有保证，且注册司报称如果不予换发文号，不利于企业发展和职工的稳定。

被告人郑筱萸的辩护人就公诉机关对郑筱萸犯受贿罪的指控提出如下辩护意见：1. 刘耐雪收受李仙玉给予的分红款，是刘耐雪向李仙玉借款后投资的收益，不应认定

为受贿。2.郑海榕有意到广东某公司工作,且曾与该公司负责人一起活动,郑筱萸虽然明知该公司负责人给郑海榕发工资,但不知道发了多长时间、发了多少工资,对该工资款郑筱萸没有受贿的主观故意,至少郑筱萸离职后郑海榕收受的工资款不应认定为犯罪数额。3.徐荣祥请托的事项与郑筱萸的职权无关。辩护人就公诉机关对郑筱萸犯玩忽职守罪的指控提出如下辩护意见:1.专项工作未经国家药监局集体确定为局工作重点,故无须经局领导班子集体研究并上报国务院,郑筱萸启动该项工作并非草率。2.新药品管理法的实施迫使专项工作要在不足一年的时间内完成,人员紧缺,且没有先例可循。582号文件已经要求省级药监局对所申报药品原始批件的真实性审查,国家药监局审核通过后,还要在网上公布,增加了监督渠道,并没有降低审查标准。对于专项工作中出现大量通过造假方式获取文号的现象,应查明并追究造假者的相关责任,与郑筱萸的行为无关。3.药品生产质量管理规范认证是对药品生产企业的高标准要求,郑筱萸以此为标准对违规审批的药品换发文号并无必要。4.国家药监局近年来工作成绩突出,郑筱萸长期以来勤奋工作。郑筱萸案发后坦白交代了自己的主要受贿犯罪的事实,认罪悔罪,所得赃款已全部退缴,请求法庭对郑筱萸从轻处罚。

被告人郑筱萸的辩护人向法庭提交了有关证人证言和书证,以支持其部分辩护意见。

经审理查明:

一、受贿事实

1997年6月至2006年12月,被告人郑筱萸利用担任国家医药管理局、国家药监局、国家食品药品监督管理局局长的职务便利,接受请托,为双鸽集团、康裕公司等八家企业谋取利益,直接或者通过其妻刘耐雪、其子郑海榕非法收受上述企业给予的人民币500.3146万元、港币100万元、美元3万元及奥迪牌小轿车一辆,共计折合人民币649.8158万元。具体事实如下:

(一)被告人郑筱萸利用职务便利,为双鸽集团下属公司申报办理一次性使用无菌注射器和一次性使用输液器医疗器械注册证等事项提供帮助。为此,1997年6月至2006年5月,刘耐雪收受双鸽集团负责人李仙玉以顾问费、入股分红的名义给予的人民币33.16万元;郑海榕收受李仙玉给予的奥迪牌小轿车一辆、用于交付郑海榕购买上海市普陀区凯旋北路房屋一套首付款人民币17万元及以股份权益名义给予的人民币25万元和郑海榕购买的上海市浦电路双鸽大厦438号507室的首付款人民币199.25万元,上述款物共计折合人民币292.91万元。刘耐雪、郑海榕均告知郑筱萸。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实,本院予以确认:

1. 证人李仙玉的证言证明:1997年5月,经王德虎建议,他的公司聘请刘耐雪为顾问,月薪人民币2000元,自1997年6月份开始领取顾问费。其间,适逢双鸽集团的中层干部投资成立了一个针头车间,刘耐雪同意入股,但以没有现金为由向他借款人民

币0.2万元,并出具了借条,后她以儿子郑海榕的名义入股,每月可以分红人民币2800元。顾问费和分红款都由他们先行代领后,在第二年的春节前,由他与王德虎带到北京交给刘耐雪。1999年间,刘耐雪用获得的顾问费和分红款中的钱归还了借款,因借条丢失,他给刘耐雪出具了收条。2006年春节前后,刘耐雪退回了2.4万元顾问费,但还继续参加分红。刘耐雪在他的公司里没有做过什么工作。2002年间,郑海榕提出想在上海买房,他表示可以帮忙付首付款,在郑海榕选定房产后,他送给郑海榕人民币17万元现金让他支付首付款。同年,他还将自己花费人民币40万元从叶祥林处购买的一辆旧奥迪牌轿车送给了郑海榕。2003年5月,双鸽集团在上海投资建设双鸽大厦,并成立了上海永生招商发展有限公司,在郑海榕没有出资的情况下,他给予郑海榕5%的股权。2004年底或2005年初,他按照郑海榕占有的股份给他分红款人民币25万元。2005年10月,郑海榕提出想要双鸽大厦的一套房产作为其股份收益,经协商,他免去了该房产的首付款人民币199.25万元。2006年9月,郑海榕将其占有的股份退回。他的公司之所以聘请刘耐雪为顾问,给予郑海榕款物,主要因为他们是郑筱萸的亲属,公司希望在业务上得到郑筱萸的关照和帮助。2002年间,国家药监局在上海召开会议期间,他到郑筱萸的房间,要求郑筱萸在双鸽集团下属企业向药监部门申办一次性使用无菌注射器和一次性使用输液器的医疗器械注册证的事情上提供帮助,郑筱萸安排其秘书高翔带他找国家药监局医疗器械司司长郝和平具体办理。

2. 证人高翔的证言证明:2002年2月,在上海召开全国药品监督管理工作会议,郑筱萸指示他带领双鸽集团的李仙玉去找郝和平,要求郝和平对李仙玉企业的相关注册事宜多予指导,抓紧办理。后他带李仙玉到郝和平的房间,并向郝和平转达了郑筱萸的意思。

3. 证人郝和平的证言证明:2001年,李仙玉的企业搬到上海后需要重新注册,为尽快得到注册证,2002年初,全国药品监督管理局局长会议在上海召开期间,郑筱萸的秘书高翔带李仙玉到他的房间,转达了郑筱萸要求他在这件事情上多予指导的意见。在李仙玉企业的材料报到国家药监局后不久,就获得了批准。

4. 证人刘耐雪的证言证明:1997年上半年,王德虎提议她担任李仙玉企业的顾问,月工资2000元,并提出李仙玉的公司由职工集资入股成立了一个针头车间,让她入4股,每股1.3万元,共需股本金5.2万元,她同意了,但提出当时没有这么多钱,李仙玉表示可以借给她,她出具了借条,以儿子郑海榕的名义入了股。1999年底,王德虎用顾问费和股份分红款中的5.2万元归还了她向李仙玉的借款,并与李仙玉一起到北京,将剩余的款项及李仙玉出具的收到5.2万元的收条交给她。有一次,王德虎将顾问费和股份分红款交给她时,被郑筱萸看到,她告诉郑筱萸这是李仙玉请她担任企业顾问及她在李仙玉的企业入股后得到的顾问费和股份红利。从1997年6月开始至2004年12月,共91个月,按每月2000元的标准,她共计收到顾问费18.2万元。2005年底,

郑筱萸让她将在李仙玉那里的顾问费和股份都退掉,她就没有收2005年度的顾问费,只收了该年度的股份分红。她没有帮李仙玉的企业做过什么事。郑海榕曾告诉她李仙玉给他一辆二手的奥迪牌轿车使用。2002年上半年,郑海榕还告诉她,他在上海买了一套住房,李仙玉帮他付了首付款。2003年上半年,郑海榕告诉她,李仙玉送给他一些股份。2005年底或2006年初的时候,郑海榕和他妻子胡欣在郑海榕和李仙玉合作的房产项目的双鸽大厦买了一套房产,准备给胡欣的公司办公用,因郑海榕拥有李仙玉送的股份,李仙玉免去了这套房产的首付款。

5. 证人王德虎的证言印证了刘耐雪证言中关于她收受李仙玉给予的顾问费、股份分红部分的内容,还证明他每年代刘耐雪从李仙玉处领取顾问费和分红款,在年底或第二年年初带到北京交给刘耐雪。2006年度的分红款他已代领,因郑筱萸案案发,该款尚未交给刘耐雪。

6. 证人张雪琴(双鸽集团副总经理)、张晓泓(该公司注射针头车间主任)、陈荷芬(该公司出纳)、邱海燕(该公司会计)等人的证言证明:1997年10月至2006年11月,公司有关人员代郑海榕在双鸽集团领取分红款22.8万元。

7. 证人郑海榕的证言证明:2001年,李仙玉借给他一辆二手奥迪牌轿车使用。2002年上半年,李仙玉将这辆车送给他,车主是千盛物资公司。2006年1月,他以人民币21万的价格委托其舅舅刘纪宏将车出售,过户时千盛物资公司的王方提出李仙玉尚欠其人民币5万元的债务,经过协商,他给了人民币3.5万元。得到该车及几年后将车出售之事,均告知其父亲。2002年初,他在上海清水湾凯旋北路购买了一套住房,李仙玉送给他17万元,说是支持他购房的首付款,后他将此事告知其父亲。2003年上半年,李仙玉在上海投资注册成立了上海永生招商发展有限公司,李仙玉送给他5%的股份,他签署了相关文件,但没有出钱。签完文件后的一天,他将此事告知其父亲。2004年底或2005年初,王招玉交给他股东分红款20多万元,2005年底,他和妻子胡欣想买一套房租给胡欣的公司获利,选中了双鸽大厦的一套房产,他向李仙玉提出免去199万元左右的首付款,李仙玉同意。2006年5、6月,经李仙玉要求,他将上述股份退还。此事他亦告知其父亲。

8. 证人胡欣(郑海榕之妻)的证言印证了郑海榕证言中关于购买双鸽大厦房产并免去首付款人民币199.25万元的内容。

9. 证人叶祥林(原上海千盛物资有限公司董事)、王方(原上海千盛物资有限公司总经理)、刘纪宏(郑海榕之舅)、杨骏的证言证明:上海千盛物资有限公司将一辆二手奥迪牌轿车以人民币40万元的价格卖给李仙玉,后过户给郑海榕,王方收取郑海榕3万余元的费用,郑海榕委托其舅舅刘纪宏将该车以人民币22万元的价格出售给杨骏,其中有1万元的其他费用没有列入发票金额。

10. 证人王招玉(原上海永生招商发展有限公司股东、总经理)的证言证明:郑海

榕在双鸽大厦占有5%的股权,但没有实际出资。2005年初,他将股份分红款人民币25万元交给郑海榕。2005年底或2006年初,李仙玉免去郑海榕199.25万元的房屋首付款。

11. 证人张春生(双鸽集团总经理,原上海永生招商发展有限公司股东)、郭伟国(上海双鸽实业有限公司财务科科长)、梁莉花(上海双鸽实业有限公司出纳兼上海永生招商发展有限公司出纳)的证言印证了证人李仙玉、郑海榕、王招玉的证言中关于郑海榕持股、分红等方面的内容。

12. 双鸽集团章程、工商申请变更材料、申请设立外商投资企业的相关材料、公司设立登记申请书、任职证明材料、企业法人营业执照等书证证明:双鸽集团成立及该公司设立中外合资企业浙江济民制药有限公司、上海双鸽实业有限公司、上海永生招商发展有限公司的过程。李仙玉系上述企业的负责人。

13. 2002年全国药品监督管理工作会议须知及会议日程、国家药监局对双鸽集团下属的上海双鸽实业有限公司生产一次性使用无菌注射器、输液器的审批表、医疗器械注册证、生产制造认可表、技术审查报告、医疗器械生产企业许可证等书证证明:2002年2月,全国药品监督管理工作会议在上海召开,郑筱萸、郝和平、高翔参加了会议。2002年4月,国家药监局批准双鸽集团下属上海双鸽实业有限公司生产的一次性使用无菌注射器、一次性使用输液器注册,并颁发了医疗器械注册证。

14. 国家药监局、国家食品药品监督管理局对浙江济民制药有限公司生产的甘露醇等多种药品的审批材料等书证证明:1999年到2003年,国家药监局、国家食品药品监督管理局先后批准双鸽集团下属的浙江济民制药有限公司生产的甘露醇等多种药品注册,郑筱萸均在审批表上签批同意。

15. 双鸽集团出具的情况说明及明细表、刘耐雪给李仙玉出具的借条、李仙玉给刘耐雪出具的收条等书证证明:

1997年5月刘耐雪向李仙玉借款5.2万元以郑海榕名义入股,后于1999年9月归还。双鸽集团从1997年6月至2006年11月支付给郑海榕股份分红款人民币22.8万元。

16. 机动车登记表、机动车登记业务流程记录单、机动车销售统一发票、二手车销售发票、二手车价格评估结论书等书证证明:上海千盛物资有限公司于2000年5月以人民币51万余元的价格购买奥迪牌A6轿车一辆,该车于2005年6月过户到刘纪宏名下,2006年2月以人民币21万元的价格出售给杨骏。

17. 上海市房地产登记申请书、房屋交接书、商品房预售合同、首付款发票、上海市房地产权证等书证证明:2002年4月,郑海榕购买了上海普陀区凯旋北路1555弄4号901室房产,支付购房首付款人民币16.8万余元。

18. 上海永生招商发展有限公司工商登记材料、验资报告、出资的记账单据、上海

市产权交易合同、上海永生招商发展有限公司股权转让合同、出资说明、委托付款协议书、股权转让协议书、股东会决议等书证证明:郑海榕于2003年6月获得上海永生招商发展有限公司5%的股份,2006年11月将股份退还。

19. 上海永生招商发展有限公司记账凭证、支票领用单、支票存根等书证证明:郑海榕于2005年1月获得上海永生招商发展有限公司分红款人民币25万元。

20. 上海市房地产登记申请书、上海浦发银行个人借款抵押合同和借款合同、上海市商品房出售合同契税缴款书、个人贷款放款通知书、199.25万元购房首付款发票、房产证、记账凭证等书证证明:郑海榕于2006年初购买双鸽大厦438号507室,以妻子胡欣的名义办理了房产登记,向上海浦东发展银行贷款199万元,其余199.25万元房款,李仙玉以免除首付款的方式未予收取。被告人郑筱萸的辩护人向法庭提交了其新调取的证人刘耐雪的证言,证明刘耐雪系借钱入股,该证言所证事实经过与公诉机关提供的刘耐雪的证言没有本质差别,故本院不再重复确认。

(二)被告人郑筱萸利用职务便利,为康裕公司申请“人工合成盐酸麻黄碱”研制项目获得批准提供帮助。为此,2001年4月,郑海榕在香港收受该公司负责人葛萌芽给予的港币100万元,折合人民币106.17万元。郑海榕告知郑筱萸。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实,本院予以确认:

1. 证人葛萌芽的证言证明:2000年6、7月间,他得知国务院为保护环境制止滥挖麻黄草,支持人工合成麻黄碱的决定后,欲开展人工合成麻黄碱的项目,但因麻黄碱的生产属国家专控,需国家药监局定点研制和生产,为此他通过郑海榕约见了郑筱萸,介绍了该项目的情况,得到了郑筱萸的支持。后他将省药监局同意康裕公司研制项目的申请和请示国家药监局的报告,带到北京直接交给郑筱萸,不久研制项目得到了批准。2001年前后,他从刘耐雪处得知郑海榕在日本读书很艰苦,因郑筱萸在人工合成麻黄碱的事情上提供过帮助,他向刘耐雪提出可以帮助郑海榕一些钱,让刘耐雪转告郑海榕与他联系。不久郑海榕给他打电话说想在香港开一家公司,他将郑海榕约到香港,送给郑海榕100万元港币的现金支票。

2. 证人郑海榕的证言印证了证人葛萌芽的证言中关于葛萌芽让他约见郑筱萸及在香港收受葛萌芽给予的港币100万元的内容,还证明他以自己的名义将该款存入香港汇丰银行,回到北京后将此事告知其父母,并表示此钱留给父母养老。

3. 证人刘耐雪的证言印证了葛萌芽及郑海榕的证言,还证明她在郑海榕去香港前,将葛萌芽打算给郑海榕一些钱的事情告诉了郑筱萸。

4. 证人白慧良(时任国家药监局安全监督管理司司长)、高峰(时任国家药监局安全监督管理司特药处副处长)的证言证明:郑筱萸为康裕公司申请“人工合成盐酸麻黄碱”研制项目一事要求安监司支持,浙江省药监局上报国家药监局的相关文件没有按照自下而上逐级审批的正常程序审批,而是由郑筱萸先行签批后转批给白慧良,白将

文件批转特药处，要求高峰抓紧办理，不久即获批准。

5. 证人沈黎新（浙江省药监局药品安全监管处工作人员）的证言证明：该局向国家药监局上报的康裕公司申请研制“人工合成盐酸麻黄碱”的文件曲其起草，但在该局的发文登记上没有记载，应该是由企业自行上报国家药监局。

6. 国务院国发［1998］3号《关于进一步加强麻黄素管理的通知》、国务院国发［2000］13号《关于禁止采集和销售发菜制止滥挖甘草和麻黄草有关问题的通知》等书证证明：麻黄素属于国家专项管理的药品，国务院为保护自然环境向全国发出通知，禁止滥挖麻黄草。

7. 康裕公司向金华市医药管理局提交的《关于用全新技术（合成）生产盐酸麻黄碱定点开发和生产的报告》、金华市医药管理局向浙江省药监局提交的《关于浙江康裕制药有限公司采用全新的化学合成技术开发和生产盐酸麻黄碱的报告》及文件处理单、浙江省药监局向国家药监局提交的《关于要求对浙江康裕制药有限公司用新技术生产盐酸麻黄碱实施定点开发和生产的请示》及审批单、国家药监局给浙江省药监局《关于同意进行麻黄碱合成新工艺研制的批复》及审批单等书证证明：经郑筱萸签批，康裕公司“人工合成盐酸麻黄碱”研制项目获得批准。

8. 经营承包合同、企业法人营业执照、横店集团总公司横集总（1999）65号《关于何时金等16位同志职务聘任的通知》等书证证明：2002年1月，葛萌芽承包横店集团控股有限公司下属康裕公司，系该公司的法定代表人、总经理。

9. 郑海榕在香港汇丰银行开户存款的相关资料证明：2001年4月23日，郑海榕该账户中存入港币100万元。

10. 郑海榕写给香港汇丰银行工作人员刘美琴要求转款100万港币的信及情况说明、中纪委工作人员马威在中国银行的存折等书证证明：中纪委发现郑海榕收受葛萌芽港币100万元并存于香港汇丰银行后，以专案组成员马威的名义在中国银行开设账户，通过郑海榕的授权将港币100万元转入该账户。

11. 国家外汇管理局出具的汇价证明材料证明：2001年4月23日，100港币兑人民币106.17元。

（三）被告人郑筱萸利用职务便利，为北京市斯格利达天然医药研究所代理进口“珮夫人止咳露”计划获得审批及北京奇源益德药物研究所申报的“注射用清开灵”注册提供帮助。为此，2003年6月至2006年1月，刘耐雪收受上述研究所负责人于文勇以支付房屋首付款、银行按揭贷款、装修费、购买家具款等方式给予的人民币共计104.4046万元。刘耐雪告知郑筱萸。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人于文勇的证言证明：2003年上半年，他与刘耐雪各自选定了雪梨澳乡的一套联体别墅，两套房的首付款各人民币40.5万元，共计81万元是他支付给开发雪梨澳

乡房地产项目公司的财务人员马蓉的,他还为郑筱萸家支付了2003年8月至2005年5月,共计人民币25.2万元的房屋按揭贷款。刘耐雪将该房的装修交由他负责,他为此支付了人民币28.7064万元的装修费。其间刘耐雪要求他陪同选购家具,他又送给刘耐雪人民币10万元。2002年至2003年间,北京市斯格利达天然医药研究所代理进口的"珮夫人止咳露"被国家药监局减少进口配额,他找郑筱萸帮忙维持了原配额。北京奇源益德药物研究所还向国家药监局申报过"注射用清开灵"的注册获得了批准。

2. 证人刘耐雪的证言印证了于文勇证言中给予各种款项的内容,还证明她将此事告知郑筱萸。

3. 证人郑海榕的证言证明:刘耐雪告诉他于文勇要给他们家买房子,后以他的名义购买了雪梨澳乡联体别墅,于文勇用他提供的身份证复印件,办理了相关手续,并支付了40余万元的首付款及截至2005年5、6月份的按揭贷款。刘耐雪还告诉他于文勇在装修时也出了不少钱。

4. 证人马蓉的证言印证了于文勇证言中关于于文勇为郑筱萸家交付雪梨澳乡联体别墅40.5万元首付款的内容。

5. 证人高峰、白慧良的证言及高峰书写的"情况说明"证明:2002年,于文勇所在企业向国家药监局申报了大量进口"珮夫人止咳露"的计划,特药处要求压缩,于文勇找郑筱萸帮忙,郑筱萸给高峰打电话及通过白慧良向高峰转达了要求予以支持的意见,最终维持了该企业的原进口配额。

6. 国家药监局国药监安[2002]82号《关于下达2002年度麻醉药品精神药品计划的通知》、2002年精神药品进口计划、国家药监局对"珮夫人止咳露"的药品注册批件、北京奇源益德药物研究所申报的药品"注射用清开灵"的审批材料等书证证明:国家药监局批准了于文勇的单位代理的"珮夫人止咳露"进口计划及"注射用清开灵"等药品注册,其中,2001年批准的进口计划与2002年度总体持平。

7. 商品房买卖合同、房产证、房屋登记表、购房批准通知单及办理产权通知单、付款通知单、雪梨澳乡转款明细表、定金、首付款的收据及发票、马蓉的银行账户资料等书证证明:郑海榕购买了雪梨澳乡别墅一套,该房地产项目在相关部门登记时确定名称为"北京市海淀区西三旗花园"。该房已交付首付款人民币40.5万元。

8. 购房按揭贷款合同、中信银行储蓄存款凭条、信汇凭证、银行账目等书证证明:于文勇为郑海榕支付上述房产银行按揭贷款人民币25.2万元。

9. 于文勇提供的21张装修发票证明:于文勇为上述房产支付人民币28.7046万元装修费。

10. 营业执照证明材料证明:于文勇系北京市斯格利达天然医药研究所、北京奇源益德药物研究所负责人。

(四)被告人郑筱萸利用职务便利,为广东某公司及其下属公司进口药品原料、成

为药品零售跨省连锁试点企业、办理《药品经营许可证》获得批准提供帮助。为此,2000年6月至2006年12月,该公司负责人以给郑海榕发工资及为郑筱萸家报销装修款的方式给予郑海榕、刘耐雪人民币共计98万元。郑海榕、刘耐雪分别告知郑筱萸。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实,本院予以确认:

1. 证人广东某公司负责人的证言证明:1999年,其所在企业需进口化学药品原料"盐酸纳洛酮",找郑筱萸帮忙后就顺利进口。2000年,其所在企业向国家药监局申请成为药品零售跨省连锁试点企业,通过郑筱萸向国家药监局的相关部门打招呼,最终获得了批准。2003年,其所在企业的药品物流配送中心申办《药品经营许可证》,经郑筱萸帮忙,顺利获得了批准。2000年,郑海榕回国后没有工作,其以工资的名义每月资助郑海榕人民币1万元,直接转入郑海榕的银行卡,共计有70余万元。2004年,其帮助联系了施工队为郑筱萸家装修房屋,完工后,郑筱萸支付了装修费。2005年上半年的一天,与郑筱萸一家人吃饭时,其以帮助解决装修费的名义交给郑海榕人民币25万元。

2. 证人郑海榕的证言印证了广东某公司负责人证言中关于郑海榕收受该负责人给予的人民币98万元的内容,还证明他将该负责人给他发工资的事情告知郑筱萸。

3. 证人刘耐雪的证言印证了广东某公司负责人证言中关于该负责人帮助郑筱萸家安排装修队并通过郑海榕给予她装修款人民币25万元的内容,还证明她将此事告知郑筱萸。

4. 证人赵晓鸣(时任国家药监局药品市场监督司司长)的证言证明:2000年8月,郑筱萸要求他在广东某公司申请药品零售跨省连锁经营一事上予以支持,后该申请得到了批准。2003年,国家食品药品监督管理局的药品许可证管理办法尚未出台,该公司药品物流配送中心的《药品经营许可证》暂时无法办理,郑筱萸视察该物流配送中心时,该公司负责人为此事向郑筱萸请托,郑筱萸指示江西省局局长吴浈向国家局行文请示,由国家局批复解决该问题。后他按照郑筱萸的指示批复同意办理。

5. 证人吴浈的亲笔证词印证了广东某公司负责人和赵晓鸣的有关该公司药品物流配送中心《药品经营许可证》办理过程的证言。

6. 湖南省药监局湘药管注发[2000]45号《关于益侨(湖南)制药有限公司生产的盐酸纳洛酮注射液所需原料药遗留问题处理的请示报告》、国家药监局药管注[2000]247号《关于同意进口盐酸纳洛酮的批复》、情况说明等书证证明:2000年6月,国家药监局批准广东某公司下属公司进口"盐酸纳洛酮"。

7. 国家药监局国药管市[2000]477号《关于公布第二批药品零售跨省连锁试点企业名单的通知》及审批单证明:2000年10月,经郑筱萸签批,广东某公司成为第二批药品零售跨省连锁试点企业。

8. 广东某公司申办药品批发经营许可证的相关报告、请示、批复及审批单等书证

证明:2003 年 10 月,经郑筱萸签批,广东某公司药品物流配送中心获得《药品经营许可证》。

9. 郑海榕在招商银行的信用卡账户资料及郑海榕确认记录证明:2000 年 6 月至 2006 年 12 月,郑海榕的招商银行的信用卡中先后多次转入人民币共计 73 万元。

(五)被告人郑筱萸利用职务便利,在山东长清制药厂不服国家药监局许可光明研究所转让"湿润烧伤膏"生产权而提起的行政诉讼过程中,接受该研究所负责人暨专利所有人徐荣祥的请托,为该项生产权的转让通过诉讼最终得到确认提供帮助。为此,郑筱萸于 2004 年 3 月收受徐荣祥给予的 2 万美元,折合人民币 16.5542 万元。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实,本院予以确认:

1. 证人徐荣祥的证言证明:他是"湿润烧伤膏"的发明人,光明研究所是研制单位:光明研究所曾与山东省长清县城关镇后三村村委会等单位联营成立了山东长清制药厂生产该药。因发生纠纷——经北京市高级人民法院终审判决,解除了联营协议,对山东长清制药厂进行清算、注销。山东省长清县城关镇后三村村委会在联营解体后,重新注册成立了名称完全相同的山东长清制药厂,并继续生产该药。2000 年 2 月,国家药监局批准光明研究所将该药的生产技术转让给汕头市美宝制药有限公司,山东长清制药厂遂对国家药监局提起行政诉讼,要求撤销上述转让,但败诉。2001 年至 2002 年,经人大代表提案,最高人民法院将该案发回重审,期间,光明研究所和汕头市美宝制药有限公司被列为第三人。2004 年 3 月,为获得国家食品药品监督管理局的支持,打赢官司,他在郑筱萸的办公室送给郑 2 万美元。之后,郑筱萸明确要求该局的法律顾问高金波和中药处副处长谢世昌配合光明研究所打赢这场官司。此案经法院最终判决认定山东长清制药厂败诉。

2. 证人谢世昌的证言证明:在最高人民法院将案件发回重审后,郑筱萸曾明确要求他和高金波认真对待此案,相互配合。期间,郑筱萸曾亲自听取过汇报,指示他们加强与徐荣祥所在单位的配合,打好这场官司,国家药监局不能败诉。后他按照该指示积极配合高金波和光明研究所法定代表人杨智斌收集证据,分析研究案情,最终胜诉。如果败诉,就意味着"湿润烧伤膏"的生产权将归山东长清制药厂。

3. 证人高金波、杨智斌的证言印证了徐荣祥、谢世昌的证言。

4. 卫生部新药生产申请批件、新药证书、北京市高级人民法院驳回再审申请通知书、北京市高级人民法院司法建议书、国家药监局新药补充申请批件、山东长清制药厂诉国家食品药品监督管理局行政许可案的一、二审裁判文书、最高人民法院行政裁定书、国家食品药品监督管理局的函等书证证明:国家药监局对"湿润烧伤膏"的审批及围绕该药的诉讼和判决过程。最终,国家食品药品监督管理局胜诉,光明研究所和汕头市美宝制药有限公司通过诉讼获得"湿润烧伤膏"的生产权。

5. 国家外汇管理局出具的汇价证明材料证明:2004 年 3 月,美元兑人民币的月平

均价为1美元兑人民币8.2771元。

（六）被告人郑筱萸利用职务便利，为中华茂祥集团有限公司下属公司申报注册“重组人干扰素α2a凝胶”、“注射用苦参素”、“流行性感冒裂解疫苗”获得批准提供帮助。为此，郑筱萸于2003年7月至2005年3月，先后多次收受该公司负责人王茂祥给予的人民币共计12万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人王茂祥的证言证明：茂祥集团下属有四家制药企业，为得到郑筱萸的帮助，2003年7月至2005年3月，他分三次在新大都酒店送给郑筱萸人民币共计12万元。2004年，他向郑筱萸请托要求尽快审批该集团下属的长春长生基因药业股份有限公司生产的新药“重组人干扰素α2a凝胶”，不久该药即获审批。

2. 证人任玫玫（时任国家食品药品监督管理局注册司综合处处长）的证言证明：2004年下半年，郑筱萸曾给她打电话对中华茂祥集团有限公司下属的长春长生基因药业股份有限公司生产的药品“重组人干扰素α2a凝胶”的审批进行催促。

3. “重组人干扰素α2a凝胶”的审批材料等书证证明：经郑筱萸签批，国家食品药品监督管理局于2004年9月批准该药注册。

4. 通化茂祥制药有限公司生产的“注射用苦参素”、“流行性感冒裂解疫苗”的审批材料等书证证明：经郑筱萸签批，国家食品药品监督管理局于2004年6月、9月批准通化茂祥制药有限公司生产的药品“注射用苦参素”、“流行性感冒裂解疫苗”注册。

5. 中华茂祥集团有限公司文件、企业法人营业执照、药品生产许可证等书证证明：王茂祥系中华茂祥集团有限公司、通化茂祥制药有限公司负责人。

（七）被告人郑筱萸利用职务便利，为海南普利制药有限公司申报注册“注射用盐酸曲马多”、“注射用乙酰谷酰胺”等药品获得批准提供帮助。为此，郑筱萸于2001年至2005年，先后多次收受该公司负责人范敏华给予的人民币共计11.5万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人范敏华的证言证明：2001年至2005年的春节、中秋节前，她都到北京，在其住宿的广州大厦送给郑筱萸钱款，从人民币5千元至2万元不等，共计11.5万元。2004年6月至2005年3月，该公司向国家食品药品监督管理局申报了“注射用盐酸曲马多”、“注射用乙酰谷酰胺”等药品的注册，为加快审批，她找郑筱萸帮忙，不久即获批准。

2. 证人任玫玫的证言证明：2004年，郑筱萸曾给她打电话，询问海南普利制药有限公司申报的三种药品的审批进度，她告诉郑筱萸，该药尚在药品审评中心审查。

3. 证人张象麟（时任国家食品药品监督管理局药品审评中心主任）的证言证明：2004年，郑筱萸曾给她打电话，催办海南普利制药有限公司申报的三种药品的审批，她要求相关部门加快了审批进度。

4. 海南普利制药有限公司生产的"注射用曲马多"、"注射用乙酰谷酰胺"、"注射用尼莫地平"的注册审批材料等书证证明:范敏华系该公司负责人,经郑筱萸签批,国家食品药品监督管理局对上述药品批准注册。

(八)被告人郑筱萸利用职务便利,为咸阳步长制药有限公司申报其生产的"脑心通胶囊"从地方标准升为国家标准获得批准提供帮助。为此,郑筱萸于2002年下半年,收受该公司负责人赵步长给予的1万美元,折合人民币8.277万元。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实,本院予以确认:

1. 证人赵步长的证言证明:他是咸阳步长制药有限公司董事长。2002年,在国家药监局将药品的地方标准统一到国家标准的过程中,该公司生产的"脑心通胶囊"须经国家药监局审查确定符合国家药品标准后方可生产、销售。相关材料上报后,他请求郑筱萸帮忙尽快审批,不久即获批准。为感谢郑筱萸的帮助,他在郑的办公室送给郑1万美元。

2. 证人谢世昌的证言证明:郑筱萸曾要求他对咸阳步长制药有限公司申报的"脑心通胶囊"尽快审批。后该药成为该处2002年度审批的第一个药品,比其他药品的审批时间提前了约5个月。

3. "脑心通胶囊"的审批材料等书证证明:2002年6月,经郑筱萸签批,国家药监局批准咸阳步长制药有限公司生产的"脑心通胶囊"从地方标准升为国家标准。

4. 咸阳步长制药有限公司营业执照等书证证明:赵步长系该公司法定代表人。

5. 国家外汇管理局出具的汇价证明材料证明:2002年,美元兑人民币的年平均价为1美元兑人民币8.2770元。被告人郑筱萸对上述八项受贿事实均予以供认。被查获归案后,被告人郑筱萸主动坦白交代了收受王茂祥、徐荣祥、赵步长贿赂的犯罪事实。其所收受的赃款现已全部退缴。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实,本院予以确认:

1. 中央纪委第四纪检监察室出具的《关于国家食品药品监管局原局长郑筱萸案的案发背景及线索来源》材料证明:郑筱萸因涉嫌收受贿赂问题于2006年12月22日被立案检查。其间,在郑海榕交代了收受于文勇、葛萌芽、李仙玉等人款物共计折合人民币562万余元的事实及范敏华交代给予郑筱萸人民币11.5万元的事实后,郑筱萸主动交代了收受王茂祥、徐荣祥、赵步长钱款共计折合人民币36万余元的事实,且对郑海榕、范敏华交代的问题予以供认,并上缴部分赃款。

2. 公诉机关提交的扣押物品清单证明:案发后,已扣押在案人民币361万元、美元8.76万元、港币106.6万元,冻结人民币113万元。

二、玩忽职守事实

2000年10月,国家药监局发布了23号局令,决定在全国范围内统一药品的包装、标签、说明书。2001年12月1日,修订后的《药品管理法》实施,为规范市场,统一标

准，保证用药安全，取消了药品的地方标准。国家药监局药品注册司遂向郑筱萸请示，拟将统一药品的包装、标签、说明书与专项工作结合起来进行。郑筱萸作为长期从事国家药品监管工作的主要领导，明知专项工作涉及对全国范围内药品标准的审查，与人民群众生命健康关系密切、关乎民生和社会稳定及政府管理能力，应当将专项工作列为国家药监局的一项重要工作，应当预见一旦专项工作处置失当将会造成严重后果，但其却将这一重要工作当作该局注册司的一项常规工作来对待，严重违反国家药监局《国家药品监督管理局工作规则(试行)》中关于"国家药监局工作中的重大问题，须经局党组会议、局务会议研究讨论决定"、"工作中的重要情况或重大问题，及时向党中央、国务院请示、报告。对重要工作和重大问题，必须在深入调查研究、认真听取和充分尊重有关部门和地方意见的基础上，提出切实可行的意见和建议，经国务院批准后部署实施，并加强监督检查"的规定，没有向国务院请示，没有召开局党组会议、局务会议研究，没有调研、没有听取有关部门和地方的意见，草率签发了187号文件，启动了专项工作，并将这一全局性的重要工作交由注册司一个部门来承担，仅指定一名副司长担任专项工作领导小组组长，负责此项工作，具体成员大多临时抽调，更换频繁。

由于郑筱萸忽视专项工作的重要性，没有核算工作量，部署不周，致使投入的人员严重不足，无法在既定时间内完成工作。被告人郑筱萸本应意识到问题的严重性，及时向国务院汇报情况，与局领导班子研究应对措施，但其却不正确履行职责，擅自同意并签发了注册司上报的582号文件。该文件将187号文件中规定的"专项小组对上报材料进行汇总与复核"改为"企业申报时可以提供的有关材料可为复印件，由省级药监部门重点审核其原生产批件和原始档案，专项小组仅对上报的资料进行形式审核，并对原始档案进行抽查核对"，削弱了国家药监局的监管力度，由此降低了对药品的审核标准，致使大量不符合国家标准的药品通过原始资料造假等方式获得了批准文号。

在专项工作中发现了一批原违规审批的药品文号，依法应予撤销，注册司在专项工作后期针对这批药品向郑筱萸书面请示，提出拟以相关企业是否已经通过或正在申请通过药品生产质量管理规范认证为标准，决定是否同意换发文号。郑筱萸明知该意见违反有关行政法规，却签批同意，致使大量依法应予撤销的药品获得了批准文号，得以继续生产、销售和使用。被告人郑筱萸的上述行为严重削弱了国家对药品的监管，使国家药监局对药品市场的管理、监督流于形式，致使大量不应换发文号或应予撤销批准文号的药品获得了文号，为药品生产中的造假提供了可乘之机。经国家食品药品监督管理局2006年对少部分药品生产企业进行抽查，即发现有大量已被批准换发的药品文号系以造假获得，文号被注销，6种药品被确认为假药。国家食品药品监督管理局为消除隐患，于2006年9月起对已经换发的药品批准文号进行全面清理，为此耗费了大量的人力、财力。郑筱萸上述玩忽职守行为，导致国家药品管理失序，增大了人民群众的用药风险，损害了国家机关依法行政的形象，致使国家和人民的利益遭受重大损

失,造成了恶劣的社会影响。

上述事实,有下列经庭审举证、质证的证据证实,本院予以确认:

1.(国家药监局副局长)的证言证明:在全国范围内开展的专项工作属于工作中的重大问题,应该经局领导班子、局党组研究决定部署,但该项工作启动及进展过程中,既没有向国务院请示汇报,局领导班子也没有进行过研究,187号、582号等相关文件没有经过局领导班子集体研究、签批。2002年3月18日的局务会议上,只是听取了张志军对专项工作的进展情况进行的汇报,不涉及研究和解决专项工作中的有关问题。

2. 证人曹文庄(时任国家药监局药品注册司司长)的证言证明:2001年1月国家药监局决定统一药品的包装、标签、说明书,同年2月,新药品管理法实施,取消了药品的地方标准,后郑筱萸提出启动专项工作,要求注册司拟写方案报给郑筱萸,最终经郑筱萸个人批准决定就下发了187号文件。这项工作的开展没有向国务院请示,没有经过局领导集体讨论研究,没有成立专门的局领导小组来领导这项工作,没有进行调查研究,郑筱萸将这项工作交由注册司来进行。事前也没有组织专家论证,进行试点工作等。将统一药品的包装、标签、说明书工作与专项工作结合开展,主要是想减少企业二次申报,但没有考虑到工作情况的复杂和工作量太大,在一年时间内完成这两项工作是不可能的,而从省药监部门抽调的人员,素质参差不齐,难以适应工作要求,因此出现了很多问题。582号文件由专项工作小组形成意见,报郑筱萸签批出台,没有提交局领导班子研究讨论。该文件将187号文件规定专项工作小组对上报的材料进行汇总和复核修改为只对上报的材料进行形式审核和抽查,是因为专项工作小组人力不足,且原始资料很多保存在省局,专项工作小组无法核对原始档案资料。

3. 证人张志军(时任专项工作小组组长)的证言证明:专项工作小组成员分别从药典委员会、中检所、地方省级药监局抽调,其中,从省级药监局抽调的人员经常更换,高峰时,每名审核人员每天要审核300多个药品的申报资料。工作开展之初,没有召开全国性的专门会议进行安排、部署。换发文号的申请由受理组受理后转审核组进行形式审核,再交注册司审核,最终由郑筱萸签批。因为工作量大,时间紧,考虑不周,无法对资料进行实质上的审核,注册司遂拟文经郑筱萸签批下发了582号文件,将187号文件规定专项工作小组对上报的材料进行汇总和复核修改为只对上报的材料进行形式审核和抽查。对原违规审批的药品他不同意换发文号,卢爱英也持怀疑态度,但曹文庄同意换发并上报郑筱萸最终决定予以换发。

4. 证人卢爱英(原专项工作小组成员)的证言印证了张志军证言中关于对违规审批的药品换发文号的内容。

5. 证人王平(时任专项工作小组副组长)的证言证明:2001年3月,曹文庄向郑筱萸书面请示将实施23号局令与专项工作结合起来进行,后他根据这一请示,组织人员

草拟形成了187号文件。因为没有预见到工作难度和工作量的大小，所以又下发了582号文件，造成很多药品没有得到实质上的审查，很多企业以造假方式获得批件，出现假药增多的后果。工作之初没有召开全国性的会议进行动员、部署，工作进行中召开过两次全国性的会议，但布置的是相关电脑操作、资料统计方面的工作，只要求各省局的注册处处长参加。虽然专项工作的出发点很好，但没有系统、科学、细致地开展工作，而是限定时间搞突击，致使工作中出现很多漏洞。而且工作的立足点是站在企业发展上，忽视了实质审核和药品监管，使某些企业非法牟利，影响公平竞争，直接危害百姓的身心健康，损害了政府的形象，造成了严重后果。

6. 证人许嘉齐(时任专项工作小组副组长)的证言印证了张志军、王平的证言。

7. 证人张晶(原专项工作小组成员)的证言证明:从187号文件规定的审查方式改变为582号文件要求的审查方式，降低了工作要求，她当时就认为会出现很大的漏洞。

8. 证人舒融(原专项工作小组成员)的证言证明:他根据许嘉齐、张志军的指示草拟了582号文件。582号文件没有经过专项工作小组集体讨论。专项工作小组没有专门向局领导汇报过工作，郑筱萸只到专项工作小组检查过一次工作，但只是看望了一下工作人员，简单听取了汇报，而且时间很短。

9. 证人丁宏(原专项工作小组成员)的证言证明:专项工作小组根据582号文件的规定，只对报送的资料进行形式审核，没有调查资料的真伪，原因是资料太多，高峰时每名专家每天要审查300多个品种的资料，因此没有时间和人力去抽查核对原始材料，使许多资料造假的药品取得了文号。2003年2月，经专项工作小组讨论后，拟写了《关于做好统一换发药品批准文号遗留品种工作的请示》，经郑筱萸同意后对违规审批的药品换发了文号，使其合法化。

10. 证人陈勇(原专项工作小组成员)的证言证明:2001年7月，他被抽调到专项工作小组工作。从2001年7月至2002年11月间，陆续分批抽调了49名人员审查资料。专项工作中没有召开全国性的会议进行动员、部署，只召开过全国性的会议布置专项工作的档案规范事项及工作程序，由各省局注册处的一般工作人员参加，国家药监局的领导都没有参加。由于工作量繁重，582号文件对187号文件规定的审查方式进行了修改，使原始资料造假的药品获得了批准文号。郑筱萸从未听取过专项工作小组的汇报，也未对专项工作小组进行过检查和指导。审查中发现违规审批的药品原准备全部予以退回，2003年3月，曹文庄以注册司的名义给郑筱萸上报了《关于做好统一换发药品批准文号遗留品种工作的请示》，提出对违规审批的药品中已经获得药品生产质量管理规范认证或已经提出认证申请的予以换发文号，对准备进行认证改造的企业，每一剂型换发两个文号，待其通过认证后再予换发剩余部分。经郑筱萸签批同意后，专项工作小组就按照这一原则处理原违规审批的药品。

11. 证人谢世昌(原专项工作小组成员)的证言印证了陈勇的证言中关于郑筱萸

签批同意对原违规审批的药品换发文号的内容。

12. 国药管办[1999]79号《关于印发〈国家药品监督管理局工作规则〉(试行)的通知》证明:1999年,国家药监局颁布了《国家药品监督管理局工作规则(试行)》,其中明确规定"国家药监局工作中的重大问题,须经局党组会议、局务会议研究讨论决定","在工作中的重要情况或重大问题,及时向党中央、国务院请示、报告。对重要工作和重大问题,必须在深入调查研究、认真听取和充分尊重有关部门和地方意见的基础上,提出切实可行的意见和建议,经国务院批准后部署实施,并加强监督检查。"

13. 国家食品药品监督管理局办公室文档信息处出具的说明材料证明:经核查,专项工作没有向国务院及国务院办公厅请示和专项报告。

14. 国家食品药品监督管理局办公室出具的证明材料证明:现存局党组会议、局务会议、局长办公会议记录和纪要中,没有讨论187号、582号文件的记录和纪要。

15. 23号局令证明:2000年10月,国家药监局发布命令,决定于2001年1月1日起统一药品的包装、标签及说明书。

16.《关于贯彻实施23号令、统一药品批准文号总体工作方案的汇报和请示》、187号文件等书证证明:经注册司请示,郑筱萸签批,决定将贯彻23号局令与专项工作同时进行。187号文件要求专项工作小组对上报材料进行汇总与复核,必要时邀请专家及省(区、市)药监局同志进行审核。

17. 582号文件证明:该文件规定,企业申报时可以提供的有关材料可为复印件,由省级药监部门重点审核其原生产批件和原始档案,专项小组仅对上报的资料进行形式审核,并对原始档案进行抽查核对。

18. 国家食品药品监督管理局出具的《关于统一换发药品批准文号的情况说明》证明:专项工作是国家药监局组建后的一项重要工作,开始时,国家药监局不掌握全国药品批准文号的总体数量及其分布,原批准文号格式不统一,原药品的质量标准参差不齐,包装、标签和说明书内容及格式不统一、不规范。专项工作牵涉面广,任务量大,属药品监督管理工作中的重大事项。

19. 国家食品药品监督管理局出具的《情况说明》证明:由于前期对专项工作调研论证不足,未能预见到整体工作量巨大、历史遗留问题复杂、企业利用换发药品批准文号的机会提供虚假资料骗取批准文号以及部分省级药品监管部门把关不严、甚至个别工作人员参与造假等情况。在187号文件发布后,鉴于此项工作不能按计划在规定期限内完成,故582号文件将187号文件中"专项工作小组将各省(区、市)药监局上报材料进行汇总与复核",定为"专项工作小组对上报的材料进行形式审核就并对报审品种的原始档案进行抽查核对",对"1996年5月25日以前批准的仿制药品,尽可能提供原件,如无原件的,可提供复印件或相关证明",客观上降低了审核把关的标准,同时,未能及时发现和有效制止提供虚假材料骗取药品批准文号的一些问题。

20. 国务院办公厅国办发[1996]14号《关于继续整顿和规范药品生产经营秩序加强药品管理工作的通知》、卫药发[1996]第31号《关于认真贯彻〈国务院办公厅关于继续整顿和规范药品生产经营秩序加强药品管理工作的通知〉的通知》、国药管办[2000]241号《关于坚决制止违法审批药品的紧急通知》、国家食品药品监督管理局出具的1996年5月25日—9月30日及1999年5月1日以后省批品种已换发品种目录证明：根据国务院办公厅、卫生部、国家药监局的相关文件规定，各省自1996年5月25日起至9月30日，应停止地方药品标准品种的审批和仿制的审批；暂停地方对国家药品标准品种的仿制和审批；暂停保健药品的受理和审批。1999年5月1日后，各省不再审批生产仿制药品。对省级卫生行政部门或药品监督管理部门违反该规定审批的药品，本应予以吊销，按假药查处，但在专项工作期间，上述违规审批的部分药品被核准换发了药品文号。

21.《关于做好统一换发药品批准文号遗留品种工作的请示》证明：经注册司请示，郑筱萸签批，决定对违规审批的药品以企业是否已经获得药品生产质量管理规范认证或已经提出认证申请为条件予以换发文号，对准备进行认证改造的企业，每一剂型换发两个文号，待其通过认证后再予换发剩余部分。

22.《关于部分药品批准文号清查情况的说明》、国家食品药品监督管理局《关于"人参多糖注射液"等品种按假药论处的函》等函件、国食药监注[2007]98号《关于注销"注射用阿魏酸钠"等118个品种药品批准证明文件的通知》、国食药监注[2007]113号《关于注销"阿魏酸钠注射液"等43个品种药品批准证明文件的通知》、国食药监注[2007]114号《关于注销"安乃近片"等112个品种药品批准证明文件的通知》、国食药监注[2007]115号《关于注销"阿魏酸钠注射液"等64个品种药品批准证明文件的通知》、《药品批准文号清查工作方案》等书证证明：经国家食品药品监督管理局2006年对部分药品生产企业进行抽查，有大量已被批准换发文号的药品被注销文号，诺氏制药(吉林)有限公司的"人参多糖注射液"以及其他三家药品生产企业的共计6种药品为假药。为消除隐患，国家食品药品监督管理局已于2006年9月决定对已经换发的药品批准文号进行全面清理。

23. 被告人郑筱萸在侦查期间的供述证明：其供认在专项工作中有失职行为。

此外，公诉机关还向法庭提交了证明郑筱萸主体身份及职责范围的下列证据，本院予以确认：

1. 中共中央组织部组任字[1994]44号、国务院国人字[1994]54号《关于郑筱萸、齐谋甲职务任免的通知》、中共中央委员会中委[1998]70号、国务院国人字[1998]51号《关于郑筱萸同志任职的通知》、中共中央委员会中委[1998]71号《关于成立国家药品监督管理局党组及郑筱萸同志任职的通知》、中共中央委员会中委[2003]66号《关于郑筱萸同志任职的通知》、国务院国人字[2003]36号《关于郑筱萸等5人任职的通

知》、中共中央委员会中委[2003]67 号《关于成立国家食品药品监督管理局党组及郑筱萸同志任职的通知》、中共中央委员会中委[2005]139 号、140 号《关于邵明立、郑筱萸同志职务任免的通知》、国务院国人字[2005]56 号《关于邵明立、郑筱萸职务任免的通知》等书证证明:郑筱萸于 1994 年 5 月任国家医药管理局局长、党组书记;1998 年 3 月任国家药监局局长、党组书记;2003 年 3 月任国家食品药品监督管理局局长、党组书记;2005 年 6 月 19 日被免职。

2. 中华人民共和国监察部监察(2007)国监决字第 2 号《关于给予郑筱萸行政开除处分的决定》、《关于撤销郑筱萸中国人民政治协商会议第十届全国委员会委员资格的决定》、全国政协办公厅人事局委员处证明、中共中央纪律检查委员会中纪[2007]14 号《关于给予郑筱萸开除党籍处分的决定》等书证证明:郑筱萸于 2007 年 2 月 26 日受到行政开除处分,同年 2 月 28 日被撤销第十届全国政协委员资格,3 月 1 日被开除党籍。

3. 国务院办公厅国办发[1994]66 号《关于印发国家医药管理局职能配置、内设机构和人员编制方案的通知》、国务院办公厅国办发[1998]135 号《关于印发国家药品监督管理局职能配置内设机构和人员编制规定的通知》、国务院办公厅国办发[2003]31 号《关于印发国家食品药品监督管理局主要职责内设机构和人员编制规定的通知》等书证证明:国家医药管理局、国家药监局和国家食品药品监督管理局负有全国药品、医疗器械等方面的行业管理、拟定、修订和颁布药品法定标准;注册新药;拟定和修订药品研究、生产、流通、使用方面的质量管理规范并监督实施、监管麻醉药品等方面的职责。

4. 中共国家药监局党组会议纪要第 9 期《关于研究局长、副局长分工等问题的会议纪要》、国家药监局国药监办[2001]133 号文件、中共国家食品药品监督管理局党组会议纪要 2003 第 2 期等书证证明:郑筱萸在担任前述职务期间均负责局的全面工作,并重点分管药品注册司。

公诉机关向法庭提交的其余证据与指控的犯罪事实无关,本院不予确认。

被告人郑筱萸的辩护人向法庭提交的国药监办[2001]437 号《关于施行修订的(药品管理法)有关的请示》、国办函[2001]68 号《国务院办公厅关于施行药品管理法有关药品标准延期执行问题的复函》,拟证明国家药监局曾就药品标准需要延期执行的问题向国务院请示。经查:上述书证证明国家药监局曾就新药品管理法规定的药品标准执行期限向国务院申请延期,但不能证明国家药监局就启动专项工作及使用何种工作方法、运用何种标准等重要问题向国务院请示,故该证据与指控无关,本院不予确认。被告人郑筱萸的辩护人向法庭提交的有关学术论文中关于世界卫生组织对我国国家食品药品监督管理局药品审评体系的总体评价、郑筱萸在有关会议上的讲话、2002 年全国药品稽查工作会议文件节选、《中国国家食品药品监督管理局年鉴 2004》、

郑筱萸的毕业证书、多项《荣誉证书》、病历诊断材料等书证，拟证明在郑筱萸主持下，国家药监局、国家食品药品监督管理局取得了工作成绩，郑筱萸身患多种疾病。法庭认为，上述书证不能否定起诉书对郑筱萸犯玩忽职守罪的指控，故本院不予确认。

关于被告人郑筱萸的辩护人提出的，刘耐雪收受李仙玉给予的分红款，是刘耐雪向李仙玉借款后投资的收益，不应认定为受贿的辩护意见，经查：刘耐雪并未出资入股，没有获得分红款的理由，其向行贿人借资入股再收取行贿人分红款系受贿，故该辩护意见与事实不符，本院不予采纳。

关于被告人郑筱萸的辩护人提出的，郑海榕有意到广东某公司工作，且曾与该公司负责人一起活动，郑筱萸虽然明知该公司负责人给郑海榕发工资，但不知道发了多长时间、发了多少工资，对该工资款郑筱萸没有受贿的主观故意，至少郑筱萸离职后郑海榕收受的工资款不应认定为犯罪数额的辩护意见，经查：广东某公司负责人曾多次向郑筱萸请托，虽然郑海榕曾有到该公司工作的意图，并与该公司负责人一起活动，但事实上并没有在该公司工作。郑海榕在长达六年多的时间里，共计收受人民币 73 万元，显系以领取薪酬的形式收受贿赂。郑海榕能够获得该款，是因为郑筱萸利用职务便利为该公司谋取了利益；该公司负责人变相给予郑筱萸钱财，郑筱萸对此明知并予以认可，其应对郑海榕收受的全部款项承担受贿的责任；郑筱萸在任职期间为他人谋利，收受贿赂的行为延续到离职后，其离职后收受的钱款应当认定为受贿，故该辩护意见与事实不符，本院不予采纳。

关于被告人郑筱萸的辩护人提出的，徐荣祥请托的事项与郑筱萸的职权无关的辩护意见，经查：郑筱萸身为国家药监局局长，对该局的所有工作均负主要责任，当然也包括该局涉及的应诉工作。徐荣祥为“湿润烧伤膏”生产权的转让通过诉讼得到确认而向郑筱萸请托，郑筱萸的帮助与徐荣祥胜诉达到目的有因果关系，故该辩护意见与事实不符，本院不予采纳。

关于被告人郑筱萸及其辩护人提出的，专项工作未经国家药监局集体确定为局工作重点，该工作是注册司的一项工作，故无须经局领导班子集体研究并上报国务院，郑筱萸启动该项工作并非草率的辩解及辩护意见，经查：专项工作的重要性决定了其应被列入局工作重点，无论在何时列入，郑筱萸均应对未列入负首要责任。故该辩解及辩护意见与事实不符，本院不予采纳。

关于被告人郑筱萸及其辩护人提出的，药品生产质量管理规范认证是对药品生产企业的高标准要求，以此为标准，决定给地方违规审批的药品批准换发文号，是因为药品的质量有保证，且注册司报称如果不予换发文号，不利于企业发展和职工稳定的辩解及辩护意见，经查：法律已经明确规定了对违规审批的药品予以吊销，按假药查处，药品生产质量管理规范认证不是审批药品的标准，郑筱萸违规批准更改标准及处理原

则,是对药政管理和人民群众用药安全严重不负责任的表现,郑筱萸的行为不具备正当性,故该辩解及辩护意见与事实不符,本院不予采纳。

关于被告人郑筱萸及其辩护人提出的,新药品管理法的实施迫使专项工作要在不足一年的时间内完成,人员紧缺,且没有先例可循;582号文件已经要求省级药监局对所申报药品原始批件的真实性审查,国家药监局审核通过后,还要在网上公布,增加了监督渠道,并没有降低审查标准;对于专项工作中出现大量通过造假方式获取文号的现象,应查明并追究造假者的相关责任,与郑筱萸的行为无关的辩解及辩护意见,经查:时间不足不能成为降低药品审查标准的理由,582号文件降低了审查标准,由此造成的危害后果,并不能通过网上公示程序弥补。专项工作中出现大量通过造假方式获取文号的现象,他人造假不应影响郑筱萸承担玩忽职守的责任,故该辩解及辩护意见不合理,本院不予采纳。

关于被告人郑筱萸的辩护人提出的,国家药监局近年来工作成绩突出,郑筱萸长期以来勤奋工作的辩护意见,经查:即使郑筱萸有勤奋工作的表现,也与郑筱萸的玩忽职守行为无关联,该辩护意见不合理,本院不予采纳。

本院认为,被告人郑筱萸身为国家工作人员,利用职务便利,为他人谋取利益,收受他人财物,其行为已构成受贿罪;其对涉及国计民生的药品安全监管工作严重不负责任,不认真履行职责,致使国家和人民的利益遭受重大损失,其行为已构成玩忽职守罪。北京市人民检察院第一分院指控被告人郑筱萸犯受贿罪、玩忽职守罪的事实清楚,证据确实、充分,指控罪名成立,但指控郑筱萸收受葛萌芽给予的港币100万元折合人民币的数额略有误差,应予纠正。被告人郑筱萸身为国家药品监管部门的主要负责人,本应认真行使国家和人民赋予的权力,为保障与国计民生有重大关系的药品的使用安全和生产经营秩序,尽职尽责,廉洁从政,但其却置国家和人民的重要利益于不顾,为有关企业在获得相关许可证、药品进口、注册、审批等方面谋取利益,直接或者通过其妻、子多次收受贿赂,严重地侵害了国家工作人员的职务廉洁性,严重地破坏了国家药品监管的正常工作秩序,危害人民群众的生命、健康安全,造成了极其恶劣的社会影响。被告人郑筱萸受贿数额特别巨大,犯罪情节特别严重,社会危害性极大。其虽有坦白部分受贿事实、受贿钱款已退缴情节,但不足以从轻处罚,应依法严惩。被告人郑筱萸犯玩忽职守罪,破坏了国家对药品的监管秩序,造成严重后果和十分恶劣的社会影响,犯罪情节特别严重,亦应依法惩处,并与其所犯受贿罪数罪并罚。据此,本院根据被告人郑筱萸犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照《中华人民共和国刑法》第385条第1款、第386条、第383条第1款第(一)项、第2款、第397条第1款、第69条、第57条第1款、第59条、第64条的规定,判决如下:

一、被告人郑筱萸犯受贿罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;犯玩忽职守罪,判处有期徒刑7年,决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个

人全部财产。

二、在案扣押的款项依法上缴国库(清单附后)。

如不服本判决,可在接到本判决书的第二日起十日内,通过本院或者直接向北京市高级人民法院提出上诉。书面上诉的,应当提交上诉状正本一份,副本二份。

审 判 长 陆伟敏
代理审判员 陆银燕
代理审判员 张 虹
2007年5月29日
书 记 员 冯 哲
曹 婧

附录二

北京市高级人民法院刑事裁定书

(2007)高刑终字第320号

原公诉机关:北京市人民检察院第一分院。

上诉人(原审被告人)郑筱萸,男,62岁(1944年12月10日出生),汉族,出生地福建省福州市,大学文化,原系国家食品药品监督管理局局长,曾任国家医药管理局局长、国家药品监督管理局局长,住北京市朝阳区幸福二村30楼5门502室。因涉嫌犯受贿罪于2007年3月10日被逮捕。现羁押在公安部秦城监狱。

辩护人张庆,北京市公元律师事务所律师。

辩护人刘宁,北京市公元律师事务所律师。

北京市第一中级人民法院审理北京市人民检察院第一分院指控原审被告人郑筱萸犯受贿罪、玩忽职守罪一案,于2007年5月29日作出(2007)一中刑初字第1599号刑事判决,认定被告人郑筱萸犯受贿罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;犯玩忽职守罪,判处有期徒刑七年,决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。在案扣押的款项依法上缴国库。宣判后,郑筱萸不服,向本院提出上诉。本院依法组成合议庭,于2007年6月18日公开开庭审理了本案。北京市人民检察院依法指派检察员石磊、靳国忠、代理检察员李奇出庭履行职务。上诉人郑筱萸及其辩护人张庆、刘宁到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

北京市第一中级人民法院判决认定:

一、受贿事实

1997年6月至2006年12月,被告人郑筱萸利用担任国家医药管理局、国家药监局、国家食品药品监督管理局局长的职务便利,接受请托,为双鸽集团有限公司(以下简称双鸽集团)、康裕制药有限公司(以下简称康裕公司)等八家企业谋取利益,直接或者通过其妻刘耐雪、其子郑海榕非法收受上述企业给予的人民币500.3146万元、港币100万元、美元3万元及奥迪牌小轿车一辆,共计折合人民币649.8158万元。具体事实如下:

(一)被告人郑筱萸利用职务便利,为双鸽集团下属公司申报办理一次性使用无菌注射器和一次性使用输液器医疗器械注册证等事项提供帮助。为此,1997年6月至2006年5月,刘耐雪收受双鸽集团负责人李仙玉以顾问费、入股分红的名义给予的人民币33.16万元;郑海榕收受李仙玉给予的奥迪牌小轿车一辆、用于交付郑海榕购买上海市普陀区凯旋北路房屋一套首付款人民币17万元及以股份权益名义给予的人民币25万元和郑海榕购买的上海市浦电路双鸽大厦438号507室的首付款人民币199.25万元,上述款物共计折合人民币292.91万元。刘耐雪、郑海榕均告知郑筱萸。

(二)被告人郑筱萸利用职务便利,为康裕公司申请"人工合成盐酸麻黄碱"研制项目获得批准提供帮助。为此,2001年4月,郑海榕在香港收受该公司负责人葛萌芽给予的港币100万元,折合人民币106.17万元。郑海榕告知郑筱萸。

(三)被告人郑筱萸利用职务便利,为北京市斯格利达天然医药研究所代理进口"佩夫人止咳露"计划获得审批及北京奇源益德药物研究所申报的"注射用清开灵"注册提供帮助。为此,2003年6月至2006年1月,刘耐雪收受上述研究所负责人于文勇以支付房屋首付款、银行按揭贷款、装修费、购买家具款等方式给予的人民币共计104.4046万元。刘耐雪告知郑筱萸。

(四)被告人郑筱萸利用职务便利,为广东某公司及其下属公司进口药品原料、成为药品零售跨省连锁试点企业、办理《药品经营许可证》获得批准提供帮助。为此,2000年6月至2006年12月,该公司负责人以给郑海榕发工资及为郑筱萸家报销装修款的方式给予郑海榕、刘耐雪人民币共计98万元。郑海榕、刘耐雪分别告知郑筱萸。

(五)被告人郑筱萸利用职务便利,在山东长清制药厂不服国家药监局许可北京光明中医烧伤疮疡研究所转让"湿润烧伤膏"生产权而提起的行政诉讼过程中,接受该研究所负责人暨专利所有人徐荣祥的请托,为该项生产权的转让通过诉讼最终得到确认提供帮助。为此,郑筱萸于2004年3月收受徐荣祥给予的2万美元,折合人民币16.5542万元。

(六)被告人郑筱萸利用职务便利,为中华茂祥集团有限公司下属公司申报注册"重组人干扰素α2a凝胶"、"注射用苦参素"、"流行性感冒裂解疫苗"获得批准提供帮助。为此,郑筱萸于2003年7月至2005年3月,先后多次收受该公司负责人王茂祥给

予的人民币共计12万元。

（七）被告人郑筱萸利用职务便利，为海南普利制药有限公司申报注册“注射用盐酸曲马多”、“注射用乙酰谷酰胺”等药品获得批准提供帮助。为此，郑筱萸于2001年至2005年，先后多次收受该公司负责人范敏华给予的人民币共计11.5万元。

（八）被告人郑筱萸利用职务便利，为咸阳步长制药有限公司申报其生产的“脑心通胶囊”从地方标准升为国家标准获得批准提供帮助。为此，郑筱萸于2002年下半年，收受该公司负责人赵步长给予的1万美元，折合人民币8.277万元。

郑筱萸对上述八项受贿事实均予以供认。被查获归案后，被告人郑筱萸主动坦白交代了收受王茂祥、徐荣祥、赵步长贿赂的犯罪事实。其所收受的赃款现已全部退缴。

二、玩忽职守事实

2000年10月，国家药监局发布了23号局令，决定在全国范围内统一药品的包装、标签、说明书。2001年12月1日，修订后的《药品管理法》实施，为规范市场，统一标准，保证用药安全，取消了药品的地方标准。国家药监局药品注册司遂向郑筱萸请示，拟将统一药品的包装、标签、说明书与专项工作结合起来进行。郑筱萸作为长期从事国家药品监管工作的主要领导，明知专项工作涉及对全国范围药品标准的审查，与人民群众生命健康关系密切、关乎民生和社会稳定及政府管理能力，应当将专项工作列为国家药监局的一项重要工作，应当预见一旦专项工作处置失当将会造成严重后果，但其却将这一重要工作当作该局注册司的一项常规工作来对待，严重违反国家药监局《国家药品监督管理局工作规则（试行）》中关于“国家药监局工作中的重大问题，须经局党组会议、局务会议研究讨论决定”、“工作中的重要情况或重大问题，及时向党中央、国务院请示、报告。对重要工作和重大问题，必须在深入调查研究、认真听取和充分尊重有关部门和地方意见的基础上，提出切实可行的意见和建议，经国务院批准后部署实施，并加强监督检查”的规定，没有向国务院请示，没有召开局党组会议、局务会议研究，没有调研、没有听取有关部门和地方意见，草率签发了187号文件，启动了专项工作，并将这一全局性的重要工作交由注册司一个部门来承担，仅指定一名副司长担任专项工作领导小组组长，负责此项工作，具体成员大多临时抽调，更换频繁。

由于郑筱萸忽视专项工作的重要性，没有核算工作量，部署不周，致使投入的人员严重不足，无法在既定时间内完成工作。被告人郑筱萸本应意识到问题的严重性，及时向国务院汇报情况，与局领导班子研究应对措施，但其却不正确履行职责，擅自同意并签发了注册司上报的582号文件。该文件将187号文件中规定的“专项小组对上报材料进行汇总与复核”改为“企业申报时可以提供的有关材料可为复印件，由省级药监部门重点审核其原生产批件和原始档案，专项小组仅对上报的资料进行形式审核，并对原始档案进行抽查核对”，削弱了国家药监局的监管力度，由此降低了对药品的审核标准，致使大量不符合国家标准的药品通过原始资料造假等方式获得了批准文号。

在专项工作中发现了一批原违规审批的药品文号,依法应予撤销,注册司在专项工作后期针对这批药品向郑筱萸书面请示,提出拟以相关企业是否已经通过或正在申请通过药品生产质量管理规范认证为标准,决定是否同意换发文号。郑筱萸明知该意见违反有关行政法规,却签批同意,致使大量依法应予撤销的药品获得了批准文号,得以继续生产、销售和使用。

被告人郑筱萸的上述行为严重削弱了国家对药品的监管,使国家药监局对药品市场的管理、监督流于形式,致使大量不应换发文号或应予撤销批准文号的药品获得了文号,为药品生产中的造假提供了可乘之机。经国家食品药品监督管理局2006年对少部分药品生产企业进行抽查,即发现有大量已被批准换发的药品文号系以造假获得,文号被注销,6种药品被确认为假药。国家食品药品监督管理局为消除隐患,于2006年9月起对已经换发的药品批准文号进行全面清理,为此耗费了大量的人力、财力。郑筱萸上述玩忽职守行为,导致国家药品管理失序,增大了人民群众的用药风险,损害了国家机关依法行政的形象,致使国家和人民的利益遭受重大损失,造成了恶劣的社会影响。

一审法院在一审判决书中分项列述了证明上述事实的有关证据,所引述证据均经一审庭审质证属实,本院对一审判决所列证据予以确认。

根据上述事实和刑法相关规定,北京市第一中级人民法院作出前述一审判决。

郑筱萸的上诉理由为:其家属收受多笔钱款的数额,其是在被"双规"后才知道的,对玩忽职守罪部分事实的认定与实际有出入。一审判决未考虑其所犯受贿罪的认罪态度和犯罪情节,与以往同类案例相比,一审判决对其量刑偏重。请求二审法院对其犯罪事实重新审定,对其从轻处罚的情节及其辩护人在一审中向法庭提交的证据均予以确认,对其从轻改判死刑,缓期二年执行。

本院庭审过程中,郑筱萸及其辩护人分别提出了与上诉理由相同的辩解和辩护意见。此外,郑筱萸及其辩护人还分别提出了以下辩解和辩护意见,郑筱萸辩称:其平时对家属关心得少,有一些是朋友对家属提供的帮助,家属所收受的款物其在得知后曾让家属退还,对李仙玉的请托,其当时是推托的。其不是长期从事药品监管工作,对"重大问题"药监局没有明确定义,且各副局长没有向其提出过专项工作属"重大问题"。其在签批582号文件时不明知审核程序有变化,且582号文件中规定有网上公布一节,故并未降低药品文号审核的标准。并强调其积极做了一些工作,涉案事实属工作失误,其应承担领导责任,但不是玩忽职守犯罪。其能主动交待问题,配合办案机关工作。郑筱萸的辩护人提出以下辩护意见:一审法院认定郑筱萸犯受贿罪属情节特别严重,缺乏证据支持,将郑筱萸之妻刘耐雪的入股分红款项认定为受贿性质,缺乏法律和证据支持;郑筱萸之子郑海榕在广东某公司领取的73万元工资不应纳入郑筱萸的受贿数额。郑筱萸直接收受他人贿赂有四起,共计40万元,其余均系其家属所收受。

"注射用清开灵"、"注射用苦参素"、"流行性感冒裂解疫苗"的审批，不应认定为郑筱萸接受请托，谋取利益。一审判决认定的玩忽职守罪所列6种以假药论处的药品与专项工作无关。在世界卫生组织的评价中，对中国的药品审评系统给予了肯定的评价。一审判决所列该项犯罪造成的损失不明确。郑筱萸的受贿犯罪不属于情节特别严重，其没有索贿情节，且具有认罪悔罪、揭发检举、积极退赃的情节，不应适用死刑。

北京市人民检察院出庭意见为：原审判决认定郑筱萸犯受贿罪，玩忽职守罪事实清楚，证据确实、充分，定性准确，量刑适当，郑筱萸的上诉理由无事实、证据及法律依据，不能成立。建议二审法院依法驳回上诉，维持原判。针对上诉人的辩解和辩护人的辩护意见补充发表如下答辩意见：上诉人郑筱萸自1997年6月至2006年12月，在长达9年6个月的时间里，直接或通过其妻刘耐雪、妻子郑海榕收受他人贿赂，受贿时间长，受贿次数多，受贿手段多样，受贿数额特别巨大，犯罪性质极为恶劣。其行为侵犯了国家公务员的职务廉洁性，严重破坏了国家药品监管的正常工作秩序，且已造成了极其恶劣的社会影响，其行为严重损害了国家和人民的利益，给国家机关的声誉造成了极坏的影响，郑筱萸所犯受贿罪确属情节特别严重，其虽有坦白部分受贿事实，受贿钱款已退缴情节，但所犯罪行极其严重，不足以对其从轻处罚。郑筱萸之妻刘耐雪本不是李仙玉公司的中层管理人员，本身就不具备入股的条件。刘耐雪和郑筱萸始终没有出一分钱，不能认定为实际出资。没有实际出资就没有获得"分红"的合法依据。生产药品和医疗器械的企业通过给行业管理的主管领导的亲属股份分红行为本身就带有贿赂的性质。刘耐雪给李仙玉打借条的行为并非民事借贷关系，只是双方对行贿、受贿行为的一种掩盖。此外，郑筱萸在被免职后就不再让刘耐雪收分红的钱也可以看出，郑筱萸对刘耐雪收受的所谓"分红"的性质是十分清楚的。广东某公司的负责人证实，正是基于郑筱萸积极对其所在公司不厌其烦地帮助，另一方面也想继续得到郑筱萸的帮助，所以才会不断地以发工资的名义每月给郑海榕1万元。郑海榕没有为该公司工作过，所谓"工资"的实质就是送给郑筱萸的贿赂。郑筱萸在利用职务便利为请托人办理了相关业务后，明知家属所收财物的性质是因其为他人谋取利益得到的，且事实上并没有让家属将钱款退回，郑筱萸所讲其不知道具体数额，不影响对其受贿事实的认定，对于其坦白、退赃的情节，一审法院已予认定，且退赃是案发后有关部门追缴的，并非郑筱萸主动上交。郑筱萸检举他人涉嫌犯罪线索要视查证情况依法认定。关于玩忽职守罪，郑筱萸应当明知专项工作的重要性，应当作为全局重点工作抓，而郑筱萸却把这项工作交给下属职能司办理，郑筱萸辩称其他副局长没有提出异议，时间紧迫等，尽管是客观存在的，但不能成为郑筱萸不认真、严格履行职责的理由。582号文件将审查程序改变为药监局进行形式上的审查，降低了审查标准，已从本案危害后果中得到证实，且网上监督的作用不能替代药监局自身的监管职能。在专项工作中，有大量文号是涉嫌造假取得的，并已有6种药品被确认为假药，客观上具有损害人

民身体健康的危害性,上诉人郑筱萸的行为造成了极其严重的危害后果,符合玩忽职守罪的构成要件,应承担法律责任。世界卫生组织的评价不应当成为影响认定郑筱萸犯玩忽职守罪的条件。

经查,北京市人民检察院的出庭意见及针对辩解和辩护意见出具的说明、答辩,均具有事实和法律依据,本院予以采纳。

本院认为,上诉人郑筱萸身为国家工作人员,利用职务便利,为他人谋取利益,收受他人财物,其行为已构成受贿罪,依法应予惩处;其身为国家工作人员,对涉及国计民生的药品安全监管工作严重不负责任,不认真履行职责,致使国家和人民的利益遭受重大损失,其行为构成玩忽职守罪,依法亦应惩处,并应与其所犯受贿罪并罚。一审判决对郑筱萸犯受贿罪,具备刑法第 383 条第(一)项规定的情节特别严重的情形,其犯玩忽职守罪,具备刑法第 397 条第 1 款规定的情节特别严重的情形的认定意见,确属准确。郑筱萸虽有坦白部分受贿事实、受贿钱款已退缴情节,但其所犯罪行的社会危害性极其严重,不足以对其从轻处罚。郑筱萸在二审期间向有关机关提供他人涉嫌犯罪的线索,经查证,该线索针对的问题原已被有关机关掌握,故郑筱萸的行为依法不构成立功。一审法院根据郑筱萸犯罪的事实、性质及对于社会的危害程度依法所作判决,事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,应予维持。北京市人民检察院的出庭意见正确。据此,本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第(一)项之规定,裁定如下:

驳回郑筱萸的上诉,维持原判。

依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 199 条之规定,本裁定依法报请最高人民法院核准。

审 判 长 王建华
审 判 员 邓 钢
代理审判员 马宏玉
2007 年 6 月 22 日
书 记 员 李 艳

王怀忠受贿、巨额财产来源不明案的法理研究

田　甜*

一、选案理由

2003年12月，安徽省原副省长王怀忠受贿、巨额财产来源不明案在济南市中级人民法院开庭审理，一审法院认定被告人王怀忠身为国家工作人员，利用职务上的便利，索取、非法收受他人贿赂，为他人谋取利益，其行为已经构成受贿罪，应判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；另外，王怀忠的财产明显超过合法收入，差额巨大，不能说明合法来源，构成巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑4年。数罪并罚决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。王怀忠不服一审判决，提出上诉，山东省高级人民法院经二审认为，一审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法，裁定驳回王怀忠的上诉，维持原判，并报请最高人民法院核准。最高人民法院经过复核，核准了山东省高级人民法院维持一审判决的刑事裁定，决定对王怀忠执行死刑。2004年2月12日，王怀忠在山东省济南市被依法执行死刑，为该案的终结画上了铁的句号。至此，王怀忠成为新中国成立以来继胡长清、成克杰之后第三个被判处极刑的高级领导干部。事后，反思该案，我们在评价其为政治膨胀，理想信念动摇，思想道德败坏，人生观、价值观发生扭曲的腐败典型，在对我国严厉打击腐败犯罪的决心拍手称快之余，也给刑法理论的研究提供了典型素材。近年来，我国的贿赂犯罪日益猖獗，案件数量越来越多，犯罪数额越来越大，犯罪人的职务也越来越高。同时，由于贿赂犯罪是所有公务犯罪中隐蔽性最强的一种犯罪，也使得其犯罪黑数最大。虽然经过建国以来我国对受贿罪的多次立法和修改，使得对受贿罪的立法日趋科学化、合理化和具体化。但是，由于贿赂犯罪的特殊性和复杂性，在司法实践中仍然存在不少疑难问题尚未解决。对此，刑法理论界和实务界均对贿赂犯罪从理论到实践进行了大量的探索，但迄今为止仍存在很多分歧。同时，由于法律本身存在一定的滞后性，使得理论与实践难免存在很多不相适应的情况，导致现实办案中的操作困难。因此，本文拟从王怀忠受贿、巨额财产来源不明案入手，讨论本案中存在的

---

* 北京师范大学法学院2007级刑法学硕士。

各种理论问题,希望能把理论和实际紧密联系起来,以期更有利于对理论的理解和对实践的指导。

二、基本案情

王怀忠,男,1946年8月1日出生于安徽省亳州市,汉族,大学文化。1993年3月任安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员,1995年10月任阜阳地委书记,1996年2月任阜阳市委书记,1999年10月任安徽省副省长,系安徽省九届人大代表,2002年9月28日被依法罢免人大代表职务。2002年9月30日,王怀忠因涉嫌受贿犯罪被刑事拘留,同年10月14日被逮捕。公诉机关以及审判机关认定被告人王怀忠犯罪事实如下:

(一)受贿犯罪事实

被告人王怀忠自1994年9月至2001年3月期间,利用担任安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记、安徽省副省长等职务上的便利,为有关单位、个人谋取利益,非法收受杨晓明等7人或单位送的人民币236万元、澳币1万元(折合人民币6.1万元);索取倪某等4人或单位的人民币275万元,以上共计折合人民币517.1万元。具体犯罪事实如下:

1. 1994年9月26日,原阜阳市(县级)人民检察院对涉嫌偷税的时任阜阳飞龙皮革有限公司副董事长杨晓明立案侦查并拟拘留,被告人王怀忠利用其担任安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员的职务便利从中协调,为杨晓明办理取保候审提供帮助。1994年12月,杨晓明得知被告人王怀忠在海南的消息后,为感谢王怀忠的帮助,希望今后得到更多的支持,与其妻蔡勤专程赶到海南兴隆温泉度假村,在王怀忠夫妇住的房间,送给王怀忠人民币6万元。

2. 1995年至1997年,被告人王怀忠应深圳国银投资集团董事长相坤请求,利用其担任阜阳地委书记、阜阳市委书记的职务便利,为该公司开发阜阳银海花园、国际工业园、招商大厦等项目解决建设用地及减免银海花园二期工程城市建设配套费102.3万元等方面提供帮助。1997年7月底,相坤为表示感谢,利用邀请王怀忠到澳大利亚参加招商活动的机会,在悉尼市王怀忠住的酒店房间,送给王怀忠1万澳元(折合人民币6.1万元)。

3. 1997年至1999年,被告人王怀忠应安徽省阜阳汇鑫发展有限公司负责人姜旭、余永强、王忠等人的请求,利用其担任阜阳市委书记的职务便利,为该公司在阜阳商贸城、敬贤山庄等项目的开发用地及拆迁安置方面谋取利益。其中,被告人王怀忠违反国家规定,于1999年1月,擅自批准将原属安居工程项目的敬贤山庄一部分登记为商业、服务业用途,变相减免土地出让金3 262.45万元,造成国有资产流失1 304.98万元。为此,被告人王怀忠曾先后四次非法收受姜旭、余永强、王忠送的人民币共40

万元。

4. 1998年10月至1999年上半年，被告人王怀忠应阜阳市龙腾实业有限责任公司董事长马萍、总经理卢强（马萍丈夫）的请求，利用其担任阜阳市委书记的职务便利，为该公司在征地建住宅小区和购物中心、调解该公司与白金汉宫大酒店纠纷、办理加油站土地证等方面提供帮助，先后四次在其家中，非法收受马萍与卢强送的人民币110万元。

5. 1998年8月至1999年8月，被告人王怀忠应阜阳东方宾馆有限责任公司负责人周伟的请求，利用其担任阜阳市委书记的职务便利，为周伟个人买断阜阳东方宾馆和协调贷款提供帮助，先后四次非法收受周伟送的人民币50万元。

6. 1997年至1999年，被告人王怀忠应时任阜阳天力房地产开发有限公司董事长王新华的请求，利用其担任阜阳市委书记的职务便利，通过向有关部门负责人打招呼、开协调会等方式，为该公司开发、承建奎星花园、汽运大厦项目减免城市建设配套费589.554462万元、土地出让金205万元。为表示感谢，1999年8月上旬，王新华将10万元，加上王怀忠以前交他保管的10万元共计人民币20万元，以王怀忠女儿的名义存入合肥市三孝口邮政储蓄所，在合肥稻香楼宾馆将存单交给了王怀忠，后王怀忠委托他人将该款取出。

7. 1996年下半年至1999年2月，被告人王怀忠应阜阳市白金汉宫大酒店股份有限公司董事长刘士强请求，利用其担任阜阳市委书记的职务便利，为该公司在工程扩建、拆迁及解决贷款等方面谋取利益。为表示感谢，1999年8月，刘士强约白金汉宫大酒店副总经理刘路（刘士强之兄）到白金汉宫大酒店王怀忠、韩桂荣夫妇住的6080房间，以看望在此养病的韩桂荣为由，送给王怀忠人民币20万元。

8. 1994年至1997年，被告人王怀忠应阜阳市绿洲房地产开发有限责任公司负责人倪某请求，利用其担任阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记的职务便利，为该公司开发的工程项目在征地、立项等方面提供帮助，并擅自批准为其减免土地出让金1 555.37万元，造成国有资产流失780.4763万元，减免城市建设配套费66.53万元。2000年5月，被告人王怀忠在天津市开会期间，在其住的宾馆房间，向倪某索取人民币5万元。

9. 1994年3月，被告人王怀忠利用担任阜阳地区行政公署专员的职务便利，为李某原任职的安徽国立公司在开发国贸大厦用地方面谋取利益，造成政府土地纯收益流失400.7万元。在国贸大厦建设过程中，被告人王怀忠又利用担任阜阳市委书记的职务便利，为其减免城市建设配套费、固定资产投资调节税等713.028万元。2000年11月底，被告人王怀忠得知中纪委正在对其问题进行调查后，经张爱云介绍，认识了无业人员侯万清（化名陈思宇，已因诈骗罪被判处无期徒刑），遂要求其找关系阻止调查，侯万清答应帮忙并向王怀忠索要人民币200万元。被告人王怀忠利用其担任安徽省副

省长的职务便利,要求现任安徽某国贸集团股份有限公司董事长兼总经理的李某为其提供200万元。李某在阜阳将款筹齐后,王怀忠安排杨应宇于同年12月10日将200万元带到合肥,王获得此款后,又让杨应宇将其中的120万元交给王事先安排等候在安徽省百花宾馆1010房间的张爱云,由其转交给侯万清,其余80万元让杨应宇暂时代为保管。事后,为掩盖真相,王怀忠又安排张爱云和杨应宇编造用上述款项合伙做生意的虚假协议,因遭杨反对未得逞。

10. 2000年12月,被告人王怀忠利用其担任安徽省副省长的职务便利,对安徽牛王皮业服饰集团与上海梅林正广和集团的合作洽谈提供帮助和支持。期间,被告人王怀忠以急需用钱为由,先后两次向安徽牛王皮业服饰集团董事长王静索取人民币共20万元。

11. 2001年2月,被告人王怀忠应安徽云鹏置业有限公司负责人邓双梅及其丈夫于旦生请求,利用其担任安徽省副省长的职务便利,专门为邓双梅夫妇参与的广东东莞市连丰农业发展有限公司开发合肥高科技农业园一事召开协调会。期间,被告人王怀忠以需要用钱为由,在合肥邓双梅家中,向于旦生索要人民币50万元。邓双梅为求得王怀忠对项目的支持而将50万元款筹齐。被告人王怀忠安排于旦生分别在北京万寿宾馆、合肥东怡宾馆,交给北京新世纪四环投资有限公司副经理余永强人民币30万元、安徽个体户苏辉满人民币20万元,用以疏通关系,阻止中纪委的调查。

(二)巨额财产来源不明犯罪事实

最高人民检察院在侦查被告人王怀忠涉嫌职务犯罪案件的过程中,扣押、冻结被告人王怀忠及其妻韩桂荣(另案处理)拥有的人民币、外币、存单、债权凭证及金银首饰、玉器、高级手表等物品共计折合人民币941.48万元。同时查明,被告人王怀忠夫妇已支出的各种消费和其他开支共计折合人民币144.31万元。以上共计折合人民币1 085.79万元。其中,被告人王怀忠非法索取、收受他人钱财价值人民币517.1万元,王怀忠夫妇合法收入和来源明确的所得88.11万元,尚有价值人民币480.58万元的财产,被告人王怀忠不能说明其合法来源。①

三、裁判要旨

国家工作人员接受行贿人的请托,利用职务便利通过签批文件、主持召开协调会或者向有关部门负责人打招呼的方式为有关单位和个人谋取了利益,此种行为方式符合《刑法》第385条第1款关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益的受贿罪定罪条件的规定,不论其是否符合有关文件规定,是否经过了集体研究决定的形

① 参见山东省济南市人民检察院(2003)济检刑诉字第76号起诉书、山东省中级人民法院(2003)济刑二初字第32号刑事判决书、山东省高级人民法院(2004)鲁刑二终字第6号刑事裁定书、中华人民共和国最高人民法院(2004)刑复字第15号刑事裁定书。

式,均不影响其行为性质的认定。在量刑方面,受贿犯罪数额特别巨大,其中索取贿赂数额亦特别巨大,索取贿赂后将绝大部分用于阻止有关部门对其犯罪的查处,犯罪情节特别严重,且在确凿的证据面前,百般狡辩,拒不认罪,态度极为恶劣等都是该案在对被告人判处刑罚时予以重点考虑的问题。

四、引发的理论问题

综观全案,王怀忠多次利用本人担任安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记、安徽省副省长的职务便利,通过打招呼、签批文件、主持召开协调会等方式,为有关单位和个人在房地产开发、工程建设、企业买断、贷款、减免有关费用、企业合作以及洽谈项目等方面谋取利益,非法收受和索取他人财物共计人民币 517.1 万元。但其辩护人声称被告人王怀忠召开协调会为有关单位和个人协调贷款、减免税费、解决工程建设过程中遇到的问题均是依照国家政策、安徽省和阜阳市的有关文件规定进行的,并且是经过集体研究决定的,是正当履行职责,客观上是为了发展阜阳的经济,并不能构成受贿罪,这就引发了对受贿罪客观方面认定的思考。笔者试从"利用职务上的便利"的理论争议入手,分析"利用职务上的便利"包含的几种情况,探讨被告人王怀忠的行为是否属于"利用职务上的便利"为他人非法谋利的犯罪行为。

其次,本案一审判处被告人王怀忠死刑,王怀忠以一审判决量刑过重和其具有悔罪表现为由提出上诉,请求对其从轻处罚。但法院认为王怀忠受贿犯罪数额特别巨大,其中索取贿赂数额亦特别巨大,索取贿赂后将绝大部分用于阻止有关部门对其犯罪的查处,犯罪情节特别严重,且在确凿的证据面前,百般狡辩,拒不认罪,态度极为恶劣,应依法严惩。对于王怀忠在法院审理期间,揭发唐某、燕某、姚某受贿犯罪和汪某走私犯罪的事实,经检察机关查证,唐某在王怀忠揭发之前已经被举报,燕某的行为不构成犯罪,且已经受到党纪、政纪处分,姚某和汪某在王怀忠揭发前,已被立案查处,王怀忠的行为不构成立功。因此,本案的刑罚裁量也值得研究。到底王怀忠是否具有立功情节,此外,他又具有哪些从轻或从重处罚的情节呢?笔者试从量刑情节的有关理论入手,研究受贿罪涉及的主要量刑情节,并对本案中被告人王怀忠所具有的量刑情节进行分析,进而讨论对其判处死刑立即执行的正确性和适当性。

最后,从本案中我们可以看到我国严厉打击腐败犯罪的决心,也引发了我们更深层次的思考:我国限制并逐步废止死刑的道路与严厉打击腐败犯罪的政策是否冲突?我们应如何更好地协调二者的关系?笔者最后就试对该问题进行探讨,并试图提出自己也许并不成熟的意见。

五、受贿罪中"利用职务上的便利"问题

在本案的审理过程中,检察机关指控被告人王怀忠在 1994 年 9 月至 2001 年 3 月

期间,利用其担任阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记和安徽省副省长等职务上的便利,通过打招呼、签批文件、主持召开协调会等方式,为有关单位和个人在房地产开发、工程建设、企业买断、贷款、减免有关费用、企业合作以及洽谈项目等方面谋取利益,非法收受和索取巨额贿赂折合人民币共计517万余元。而王怀忠的辩护人辩称:目前,各地政府以减免城市配套费、土地出让金的方式招商引资、鼓励投资开发的承诺比比皆是,王怀忠为其他单位和个人解决建设用地、减免配套费用等行为,并不纯属基于个人谋取贿赂之目的,且客观上没有利用职务上的便利为有关单位和个人谋取利益的行为,而是经众多的党政部门负责人参与、研究后共同决定,以会议纪要等文件形式作出的,其行为是正当履行职责,因此,被告人的行为充其量只能算"武断的工作作风、追求个人政绩的狭隘的为官之道",如构成犯罪,也应以滥用职权罪科以刑罚,而不应以受贿罪论处。

从基本案情介绍中我们可以看到,被告人王怀忠上述打招呼、召开协调会等行为在检察机关的指控中占有很大比例,其间,其到底是合法地履行职务,还是非法地利用了自己职务上的便利,使原本不能解决或者很难解决的事情变成了可以解决或容易解决的问题,这就涉及对"利用职务上的便利"的理解问题。而在刑法理论上,对受贿罪客观方面"利用职务上的便利"的争论由来已久,至今仍无定论。因此,下文首先从理论上对"利用职务上的便利"的争议入手,试图讨论对王怀忠定罪的合法性和合理性。

(一)对"利用职务上的便利"表述及其理解的变迁

"利用职务上的便利"是受贿罪的一个重要构成要件。行为人索取或者收受他人财物是否利用了职务上的便利,是区分受贿罪罪与非罪的重要界限。因此查明行为人在为他人谋利时客观上是否利用了职务上的便利,对于认定受贿犯罪具有重要意义。但在对于如何理解"利用职务上的便利"的含义上,争论却一直没有停息过。

1979年《刑法》颁行之初,在理论和司法实践中对"利用职务上的便利"的内涵和外延,甚至其是否应当作为受贿罪的要件,都产生了不同的理解和争论。当时刑法学界的一般观点认为:"利用职务上的便利"是指利用本人职务范围内的权力所造成的便利条件,具体表现在,利用自己的职权或不执行自己的职务活动,为行贿人谋取利益。① 按此观点,行为人如果没有实施职务上的作为或者不作为,就不构成受贿罪;如果行为人是利用了他人的权力,同样也不构成受贿罪。

1982年全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》(以下简称《决定》)第1条第(二)项规定:"对刑法第一百八十五条第一款和第二款受贿罪修改规定为:国家工作人员索取、收受贿赂的,比照刑法第一百五十五条贪污罪论处。"可见,修改后的《决定》没有明确规定需要行为人"利用职务上的便利"。这就引发了刑法理论

① 参见孟庆华:《受贿罪研究新动向》,中国方正出版社2005年版,第75页。

界对于其是否仍然是受贿罪的必要条件的争论。有的学者认为，根据《决定》规定，国家工作人员索取或者收受贿赂，无论是否利用职务上的便利，均可构成受贿罪，《决定》对刑法关于受贿罪“利用职务上的便利”的构成要件进行的修改是有效的。而有的学者则认为，“利用职务上的便利”是构成受贿罪的必备要件，对此刑法第185条曾有明确的规定，《决定》对本条的修改并非要改变构成要件，只是在修改受贿罪的刑罚时，为了简要、精练而未逐字重复刑法条文，行为人如不利用职务上的便利，不能构成受贿罪。①

1985年最高人民法院、最高人民检察院作出了《关于当前办理经济犯罪案件应用法律的若干问题的解答（试行）》（以下简称《解答》）又明确指出：“国家工作人员利用职务或者工作便利，为他人谋取利益，以酬谢费等名义索取、收受财物的……应认定为受贿罪。”同时，该《解答》指出：“利用职务上的便利，是构成受贿罪的不可缺少的要件。”这就结束了对该要件的存废之争，但又引发了另一个问题，即对“工作便利”的含义及其存在科学性的大讨论。有的学者对此持肯定的态度，但在这些肯定的意见中，大家对“工作便利”的含义的解释也并不一致。② 而持否定意见的学者则认为，职务与工作不是一个概念，后者的外延比前者宽，后者可以包含前者。并且“利用工作之便”的外延缺乏确定性，可作任意解释，在司法实践中容易引起混乱。

1988年1月21日全国人大常委会《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）公布实施，但该《补充规定》并没有对“利用职务上的便利”作出解释和说明。于是，在理论界就形成了对“利用职务上的便利”的三种不同理解③：一是认为利用职务上的便利，只限于利用本人职务上的便利条件；二是认为利用职务上的便利包括利用本人职权上的便利和工作便利；三是认为利用职务上的便利既包括利用本人职务上的便利，还包括利用他人职务上的便利，而且利用本人职务上的便利，包括现在的职务和过去的职务。

1989年11月6日，最高人民法院和最高人民检察院在《关于执行〈关于惩治贪污贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》（以下简称两高《解答》）中指出“受贿罪‘利用职务上的便利’，是指利用职权或与职务有关的便利条件。‘职权’是指本人职务范围内的权力。‘与职务有关’是指虽然不是直接利用职权，但利用了本人的职权或地位形成的便利条件。国家工作人员不是直接利用本人职权，而是利用本人职权或地位形成的

---

① 参见秦小兵：《论受贿罪》，自中国优秀硕士学位论文全文数据库。

② 参见高铭暄：《刑法专论》（下编），高等教育出版社2002年版，第817、818页。对“工作便利”持肯定意见的解释归纳起来有四种：一种认为职务包括职权与工作，利用职务上的便利，就是利用职权与工作的便利。第二种观点认为，利用工作便利，是指没有利用本人职权范围内的方便条件，而是利用其职权的影响要求第三者利用职权。第三种观点认为，利用工作便利，是指利用工作涉及的范围内的一切便利。第四种观点认为，利用工作便利，只能是指利用与本人职务活动有密切的关系的便利条件。

③ 参见刘光显、周荣生：《贿赂罪的理论与实践》，人民法院出版社1993年版，第63页。

便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的，应以受贿论处”。这一解释在当时对于指导司法工作人员正确认定受贿罪具有重要意义。但我们可以看出，最高人民法院和最高人民检察院的《解答》采用将“利用职务上的便利”解释为“利用本人职权或与职务、地位有关的便利条件”的方式，将间接受贿的行为纳入其调整范围，不得不说是一种权宜之计，而且由于1979年《刑法》并没有规定间接受贿行为，所以严格地说，该《解答》是超越司法权限的解释。①

1997年，我国立法机关对刑法进行了修订，修订后的《刑法》增加了第388条的规定：“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿罪论处。”这就与第385条的一般受贿区别开来，为前述《解答》提供了法律依据。但新刑法的这一修改，再次引发了理论界对如何理解“利用职务上的便利”的争论。有的学者认为，《刑法》第385条规定的受贿罪中“利用职务上的便利”，是指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、负责或者承办某种公共事务的职权所形成的便利条件；《刑法》第388条规定的间接受贿中“利用职务上的便利”，即利用本人职权或地位形成的便利条件，是指除行为人利用自己与第三人之间存在着的职务上的制约关系外还包括利用自己与第三人之间的工作关系。② 有的学者则认为，利用本人职权或地位形成的便利条件，仅表现为行为人利用自己的职权或者地位形成的对其他国家工作人员的制约关系，从而通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益。这种制约关系一般表现为上下级之间领导与被领导即纵向的制约关系，或者表现为不同部门或单位之间的国家工作人员之间在执行职务过程中所存在的横向制约关系。③

（二）目前理论界关于“利用职务上的便利”的含义之争

1. 刑法学界对于“利用职务上的便利”的理论争议

如前所述，在不同的历史时期，由于立法和司法的差异，对“利用职务上的便利”的理解并不一致。至今，在刑法理论界和实务界对其理解仍然存在以下几种观点④：

第一种观点认为，“利用职务上的便利”在含义上包括两个彼此联系的方面，一是基于本人职务身份而享有的职权；二是由于职务派生出来的工作便利，利用工作便利多发生在有第三者存在的场合。行为人与第三者之间虽然不存在行政上的隶属关系和领导关系，却存在业务上的依赖关系，横向的经济合作关系或工作上的相互制约关

---

① 参见赵秉志、肖中华：《受贿罪中“利用职务上的便利”的含义（上）》，载《检察日报》2002年7月12日。

② 参见胡康生、李福成：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社1997年版，第550、554页。

③ 参见何秉松：《刑法教科书》，中国法制出版社1997年版，第1050页。

④ 参见肖介清：《受贿罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2008年版，第115—117页。

系。行为人虽然不能以行政领导的身份对第三者发号施令,但其担任的职务所具有的地位,对第三者存在着现实的影响,这种影响力就是受贿人得以利用的工作便利。利用他人的职权,只能以自己的职务为基础,与自己的职务活动有一定关联的才属于利用职务上的便利。确认国家工作人员利用第三者职权为他人谋取利益是否属于利用职务上的便利,应以行为人在这一过程中是否利用了自己的职务便利为基础。

第二种观点认为,“利用职务上的便利”,一是包括利用职权范围内的权力所形成的方便条件;二是利用包括与工作相联系的便利所造成的方便条件。前者指国家工作人员本身职务所具有的在一定范围内直接起作用的条件,后者指国家工作人员在工作中与本单位或其他单位发生联系的情况下而产生的一切便利条件。这种工作便利不像职权便利的范围、内容那么确定、具体。大体上可以分为两种基本类型:(1)内部勾结型,即行为人利用同一单位人员和自己职权的合力而进行犯罪的情形。(2)内外勾结型,即行为人属于两个或者两个以上单位的人员,或者单位人员与社会人员合谋犯罪的情形。

第三种观点认为,“利用职务上的便利”包括两种情况:一是通过受贿人本身职务所形成的便利;二是受贿人利用他人职务的便利,即利用本人的职务便利和利用他人的职务便利。受贿人凭借自己的职务影响或者人事、人情关系,向其他国家工作人员要求给予行贿人利益。在这种情况下,受贿人虽然没有直接利用自己职务的便利条件,其为行贿人谋利是通过第三者的职务条件所实现的,但这种间接利用他人职务便利而实施的行为,也应视为受贿人利用职务上的便利。

第四种观点认为,“利用职务上的便利”包括三层含义:一是直接利用职权的方便条件;二是行为人利用自己职务的影响,即职权范围的延续;三是行为人利用了原有职务的影响即职权的时间延续。

第五种观点认为,“利用职务上的便利”,不包括与工作相关联的便利所造成的方便条件,“工作便利”是一个很不准确的概念,把工作便利作为受贿罪的构成要件,不仅没有立法依据,在实践中也会混淆罪与非罪、此罪与彼罪的界限。从逻辑关系上看,最高人民法院和最高人民检察院《关于当前办理经济案件中具体应用法律的若干问题的解答》(以下简称两高《解答》),对受贿罪构成要件的表述违反了同一律。两高《解答》关于受贿罪的构成要件,开始表述为“受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利,为他人谋取利益而索取或者非法收受他人财物的行为。”“利用职务上的便利是构成受贿罪的不可缺少的要件”,但在其后又表述为“国家工作人员利用职务上或工作便利为他人谋取利益,以酬谢费名义索取,收受财物的均应认定受贿罪”。显然,两高《解答》将其在前面反复肯定的受贿罪构成要件——利用职务上的便利,在后面更换为“利用工作便利”了。但“工作便利”概念的内涵与外延同“职务上的便利”有着根本的不同,职务上的便利仅是工作便利的一部分,可见两高《解答》的解释是自相矛盾的。

上述观点对“利用职务上的便利”的范围作了宽窄不一的界定。其中,第一、二种观点认为利用工作上的便利属于利用职务上的便利的一种;第三种观点认为利用职务上的便利包括利用他人职务上的便利;第四种观点则认为,利用自己职务的影响也属于利用职务上的便利,且这种影响包括原有职务的影响。

2. 笔者对“利用职务上的便利”的认识

(1)“利用职务上的便利”是否包括“利用工作上的便利”?

从上述观点可以看出,有的学者认为利用工作上的便利属于利用职务上的便利的一种,此为肯定说。该说主张,“利用职务上的便利”包括两个方面的内容:一是基于本人职务身份而享有的职权;二是由职务派生出来的工作便利。工作便利是指行为人与其他国家公职人员之间存在的业务上的依赖关系,横向的经济合作关系或工作上的相互制约关系。

持否定说的学者认为,“利用职务上的便利”不包括与工作相关联的便利所造成的方便条件。工作便利是一个不准确的概念,将其作为受贿罪的构成要件,必将混淆罪与非罪的界限,引起司法实践的混乱。①

笔者赞同否定说的观点。因为,“利用工作上的便利”与“利用职务上的便利”是两个不相同的概念,“工作”一词的外延相当广泛,而“职务”是指工作中所规定担任的事情,“工作”包含“职务”。那么,如果把利用职务上的便利解释为包括利用工作上的便利,其逻辑就是矛盾的。而且如果把“工作之便”纳入“职务之便”的范围中,会造成任意扩大解释,产生打击面过大的弊端,违反刑法的谦抑性。另一方面,由于受贿罪的本质是一种权钱交易的渎职犯罪,它只能和职权联系在一起。职务是职权与职责的统一,而工作与职权不发生必然的联系。所以只有“职务之便”才是受贿的前提,也只有“利用职务之便”才能反映受贿罪的本质。最高人民法院和最高人民检察院于1989年11月6日联合发布的《关于执行〈关于惩治贪污贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》中指出:“受贿罪中利用职务上的便利,是指利用职权或者与职务有关的便利条件。职权是本人职务范围内的权力。与职务有关是指虽然不是直接利用职权,但利用了本人职权或地位形成的便利条件。”这一解释就明确排除了利用工作便利的观点。

(2)“利用职务上的便利”是否包括利用他人职务上的便利?

利用本人职务上的便利是“利用职务上的便利”题中应有之意,对此并无异议。但关于利用他人职务上的便利能否构成受贿罪,我国刑法学界存在三种观点:

一是否定说。该说认为“利用职务上的便利”不应当包括利用他人职务上的便利,而应该按照严格解释刑法用语的要求,只能解释为行为人本人职务范围内的权力便利,才具科学性。将利用他人职务上的便利解释为“利用职务上的便利”,实际上是一

---

① 参见孟庆华:《贪污贿赂罪重点疑点难点问题判解研究》,人民法院出版社2005年版,第225、226页。

种类推解释，显然超出人们正常理解可预测的范围，而无论他人的职务与本人的职务是否有关。①

二是肯定说。该说认为国家工作人员要求其他国家工作人员为请托人谋取非法利益，并非法收受请托人的财物，也是利用职务上的便利。因为国家工作人员无论职位高低都应该遵法守法，不履行这种义务，支持纵容违法活动，要求其他国家工作人员利用职务之便为他人谋取非法利益，自己从中索取或接受财物，也是一种渎职行为，与受贿罪的本质特征差别不大。②

三是折中说。该说认为对利用他人职务上的便利要作具体分析，不能一概而论。要认定受贿人利用第三者的职务之便属于“利用职务上的便利”，必须具备两个条件：一是，利用他人的职务之便，必须是以自己的职务为基础，或者利用了与本人职务活动有紧密联系的身份便利；二是，行贿人通过行贿所得到的利益，无论是非法利益还是合法利益，都是由于受贿人利用其职务从中斡旋的结果。③

笔者认为，新刑法修订以后，在第385条规定的普通受贿中，“利用职务上的便利”是专指利用本人职权范围内的权力，即自己职务上的主管、负责或者承办某种公务的职权所形成的便利条件。1989年最高人民法院和最高人民检察院的《解答》将“利用本人职权或地位形成的便利条件”视为“利用职务上的便利”的应有之义，是在我国刑法没有斡旋受贿行为的规定而司法实践又迫切需要惩治这种犯罪的情况下作出的权宜之计。而新刑法除了在第385条规定普通受贿罪之外，又在第388条另外作出了斡旋受贿的规定。新《刑法》第388条规定的斡旋受贿指的是，国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物的，以受贿论处。虽然斡旋受贿尚不能算是一个独立的罪名，但新刑法将其单列出来就是为了与普通受贿区别开来，所以，如果认为普通受贿中“利用职务上的便利”包括利用他人职务上的便利的话，势必会产生逻辑上的矛盾。因此，笔者认为对该问题不能一概而论，而应该具体问题具体分析，如果行为人是利用本人职务上的便利，为请托人谋利，那么可以认定其构成普通受贿，如果行为人是利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益的，则应认定为斡旋受贿，只是在定罪时都表述为受贿罪。

（3）“利用职务上的便利”是否包括利用过去或者将来的职务上的便利？

其一，“利用职务上的便利”是否包括利用过去的职务便利？

利用过去职务上的便利，是指利用曾经担任而现在已不担任的职务上的便利，司法实践中主要是指离、退休的国家工作人员能否构成受贿罪的问题。对该问题持肯定

① 参见龚培华、肖中华：《刑法疑难争议问题与司法对策》，中国检察出版社2002年版，第594页。

② 参见刑雯：《试论受贿罪利用职务上的便利》，载《法学研究》1988年6月。

③ 参见张穹：《论“利用职务上的便利”的法律含义》，载《法制日报》1988年8月2日。

观点的人认为,当国家工作人员离退休后,虽然职权丧失了,但因为原有职权、地位形成的便利条件不会立即消失,这就为该类人员成立受贿罪主体提供了可能条件,因此,其可以构成受贿罪。还有的人对此也持肯定态度,只是理由有所不同,他们认为,国家工作人员离退休后仍然享受国家工作人员待遇,与在职国家工作人员并无本质区别;有的虽然不再担任原来的职务,但原职务的影响仍然存在,实际上还有“余权”,它甚至比某些现任的职权还管用。① 因此,如果他们利用原职务的便利和影响,间接地利用在职工作人员职务上的便利,索取或者收受他人财物,为他人谋利的,在客观上与在职的国家工作人员犯受贿罪的社会危害性是一样的,应当以受贿罪论处。

笔者对该观点持否定态度。法律明确规定受贿罪的主体只能是国家工作人员,特别有此规定的意义就在于,国家工作人员的身份总是和一定的职务相联系的,这就为其利用职务上的便利为他人谋利,索取或者收受贿赂提供了可能,而离退休的国家工作人员已经离开了原来的工作岗位,不再具有国家工作人员的身份,也不能再履行国家工作人员的职务,其并无职务上的便利可以利用,充其量只能算是利用剩余的影响而已,这就不符合受贿罪中规定“利用职务上的便利”的要件。另外,受贿罪侵犯的客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。离退休的国家工作人员已经不再履行职务行为,因此,其索取或者收受别人财物的行为也就不构成侵犯国家工作人员职务的廉洁性。所以,离退休的国家工作人员利用过去的职务便利,索取或者收受他人财物,为他人谋利的,不能构成受贿罪。

其二,“利用职务上的便利”是否包括利用将来的职务便利?

利用将来职务上的便利是指利用尚未担任而即将担任的职务上的便利。这类人员能否构成受贿罪?持肯定观点的人认为,应当把利用将来职务上的便利列入“利用职务上的便利”之中。因为在职前受贿的情况下,虽然行为人用以进行权钱交易的“权”在行为人索取或者收受贿赂时还不是现实的权力,与一般情况下的受贿在形式上有所不同,但是,在这种情况下,行贿者已经将贿赂送出,受贿人也已经将贿赂收受,而且答应在将来担任职务时为请托人谋利,请托人与行为人之间已经存在“权钱交易”的不法行为,而不单单是“权钱交易”的承诺。因此,利用将来的职务便利与利用现在的职务便利并没有本质区别。② 也有学者指出,从客观行为的联系性看,虽然行为人索取或者收受贿赂是在任职之前,为他人谋利是在任职之后,从时间上来说似乎是相互脱节的,但职前受贿的行为人之所以在任职前受贿,就是因为约定了任职以后为请托人谋利,职前受贿侵害了职务行为的廉洁性,应当按照受贿罪处罚。③

笔者并不同意上述观点。根据我国现行刑法的规定,受贿罪必须是利用现在的职

① 参见童伟华:《受贿罪的构造》,兰州大学出版社 2004 年版,第 53 页。

② 参见孟庆华:《受贿罪研究新动向》,中国方正出版社 2005 年版,第 91、92 页。

③ 参见宋新潮:《论受贿罪利用职务上便利的内涵》,载《河北地质学院学报》1996 年第 19 期。

务之便,不能将利用将来的职务之便随便包括进来,否则就造成了超出国民预测可能性的类推解释,有违罪刑法定原则的精神。如果说职前受贿侵害了一定的法益,那也只能说明职前受贿行为具有应当处罚性,但应当处罚和按照受贿罪处罚是两个不同的概念,应当处罚是指该行为侵害了一定的法益,具有社会危害性,应该受到刑罚处罚;按照受贿罪处罚则是以认定该行为构成受贿罪为前提进行的处罚。因此,利用将来职务上的便利为他人谋利,索取或者收受他人财物的,并不能认定为受贿罪,对于立法上的缺陷应该通过其他的途径获得解决。

(三)对本案的评析

正如前述所说,在本案中,控辩双方争论得较为激烈的问题是对被告人王怀忠采用签批文件、打招呼、召开协调会等方式减免城市配套费、土地出让金等行为,是应认定为利用职务上的便利为他人谋利,还是正当履行职务的行为?

首先,被告人王怀忠利用了"职务"上的便利。被告人王怀忠利用担任阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记,安徽省副省长等职务上的便利,通过其职务范围内的行为,即签批文件、召开协调会、要求主管单位"给予支持"、"立即审批"等行为,完成请托人请托的事项,为请托人谋利。如果其并未担任这些职务,其没有权力从事上述行为;如果其按照法定的程序履行职务,那就应该按照法律、法规、规章或者当地的规定通过正规的审批渠道完成各个项目,也不需要索取或者收受请托人的财物,通过上述行为为请托人的请托事项开绿灯、清障碍。其次,被告人王怀忠利用了"本人"职务上的便利。从案情中我们可以看出,被告人王怀忠为请托人办理各种请托事项是利用本人职务上的便利,或者是利用本人职权或者地位形成的便利条件,通过其他国家工作人员职务上的行为,为请托人谋取不正当利益,索取请托人财物或者收受请托人财物,符合刑法对于受贿罪客观方面关于利用"本人"职务上的便利的规定。再次,被告人王怀忠利用的是本人现实的权力。本案中被告人王怀忠索取或者收受请托人的财物,为请托人办理请托事项,从中谋取利益,是在其担任阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记,安徽省副省长等职务期间进行的,正是利用了其当时实际拥有的、实实在在的权力,才不正当地完成了请托人请托的事项,为他人谋取了利益。

以被告人王怀忠在1998年10月至1999年上半年的一次受贿行为为例。在上述期间内,被告人王怀忠接受阜阳市龙腾实业有限公司(以下简称龙腾公司)董事长马萍、总经理卢强(马萍之夫)的请托,利用担任阜阳市委书记的职务便利,通过签批文件、召开协调会、向有关部门负责人打招呼等方式,为龙腾公司谋取利益,先后四次收受马萍、卢强人民币110万元。

其中,马萍的证言指出:1998年,在龙腾公司开发建设住宅小区静馨山庄的过程中,阜阳市水泥预制厂不愿搬迁,其趁王怀忠在家之际,请王怀忠帮忙。王怀忠当即通

知阜阳市土地局局长孙学忠、颍州区区长张世友等人到其家,要求抓紧解决水泥预制厂的拆迁问题。在王怀忠的"关照"下,水泥预制厂很快被拆迁。同年10月,为了感谢王怀忠,其与卢强将人民币30万元装入一小纸箱内,送到王怀忠家。对此,孙学忠也提供证言指出:1998年底的一天晚上,王怀忠通知其去马萍、卢强家,同时去的还有颍州区代区长张世友等人,王怀忠要求他们对龙腾公司的房地产开发项目给予支持,抓紧时间解决水泥预制厂的拆迁问题。其后,他按照王怀忠的指示,解决了水泥预制厂的拆迁问题。

马萍的证言中还提到:1999年1月,龙腾大酒店与相邻的白金汉宫大酒店发生纠纷,多人参与厮打,导致白金汉宫大酒店员工多人受伤,并将白金汉宫大酒店的玻璃砸碎。公安机关介入后,其担心受到法律追究会影响公司的经营和声誉,遂请王怀忠帮忙。后公安机关未对龙腾大酒店的人员进行查处。为感谢王怀忠的帮忙,其与卢强于当月中旬的一天晚上,将人民币40万元装在塑料袋中,送到王怀忠家,递给韩桂荣。证人房卫民(原阜阳市公安局颍州分局局长)的证言、阜阳市公安局颍州分局《关于1999年1月6日白金汉宫与龙腾酒店发生纠纷情况的说明》对证人马萍的证言进行了印证,该证据显示:1999年1月6日,阜阳市公安局颍州分局根据"110"报警电话,对于白金汉宫大酒店与龙腾大酒店发生殴斗、白金汉宫大酒店玻璃橱窗以及车辆被砸一事进行调查,龙腾大酒店有关人员已涉嫌犯毁坏公私财物罪。后按照王怀忠的指示,撤回了调查人员,停止调查,对此事并未作任何处理。

笔者对被告人王怀忠在此期间的其他受贿行为不再赘述,但从上述两个事件我们就可以看出,被告人王怀忠出于捞取钱财的目的,利用其担任阜阳市委书记的职务便利,对本不能够得到立即解决的静馨山庄的房地产开发项目给予支持和帮助,使其得到很快解决;对本应该受到法律追究的龙腾大酒店有关人员涉嫌犯毁坏公私财物罪的行为,向有关单位打招呼、作指示,使其并未受到任何处理。以上种种都是其非法利用自身职务上的便利为他人谋利的表现。因此,对于被告人王怀忠及其辩护人关于王怀忠召开协调会为有关单位和个人协调贷款、减免税费、解决工程建设过程中遇到的问题均是依照国家政策、安徽省和阜阳市的有关文件规定进行的,并且是经过集体研究决定的,客观上是为了发展阜阳的经济的辩解和辩护意见并不能成立。法院认为王怀忠的行为已经构成受贿罪,其为有关单位、个人谋取的利益是否符合有关文件规定,是否经过了集体研究的形式决定,不影响王怀忠行为的性质,被告人王怀忠的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立的认定是正确的。

六、受贿罪量刑情节研究

在本案一审宣判后,王怀忠曾以量刑过重为由提出上述,但其上诉理由并未被二审法院采纳。在最高人民法院核准对王怀忠判处死刑的裁定书中,我们可以看到法院

将给予其死刑立即执行的处罚理由表述为“王怀忠受贿数额特别巨大,并具有多次索贿的法定从重处罚情节。更为恶劣的是,王怀忠为逃避法律制裁,在有关部门查处其涉嫌经济犯罪期间,仍继续向他人索贿,且将索取的巨额贿赂用于企图阻止有关部门对其经济犯罪问题的查处,受贿犯罪情节特别恶劣,社会危害性极大,罪行极其严重。在法院审理期间,王怀忠检举他人犯罪,经有关部门查证,其检举或者无时间、地点等具体情节,不具备立案查证条件,或者所涉人员在王怀忠检举之前已经被举报、查处,或者不构成犯罪。王怀忠的行为不符合《刑法》第68条第1款关于立功的规定,不具有法定的从轻处罚情节。在一审期间,王怀忠拒不认罪;二审期间,王怀忠对其所犯大部分罪行予以供认,但对有确凿证据证明的其他犯罪事实仍予以否认,不足以从轻处罚。一审判决、二审裁定认定的事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法。”可见,法院认定的量刑情节主要有如下几点:(1)受贿数额特别巨大;(2)索贿;(3)利用索取的巨额贿赂企图阻止有关部门对其犯罪的查处,情节特别恶劣;(4)是否具有立功情节;(5)拒不认罪、态度恶劣。这样问题也就应运而生了,本案中涉及的量刑情节到底属法定量刑情节还是酌定量刑情节,它们在量刑时起到的是何种作用?下文将从量刑情节的基本理论入手,试对该案的量刑情节进行研究。

(一)量刑情节的概念和分类

1. 量刑情节的概念

当前刑法理论界,学者们对于量刑情节的概念众说纷纭,摘其要点,主要有以下几种观点:

第一,认为量刑情节是指定罪事实以外的,与犯罪人或其侵害行为密切相关的,表明行为社会危害性程度和行为人人身危险性程度,并进而决定是否适用刑罚或处刑宽严或免除处罚的各种具体事实情况。①

第二,认为量刑情节是人民法院对犯罪分子量刑时,据以确定处刑轻重或免除处罚的各种情况。②

第三,认为量刑情节是指存在于犯罪之中的,决定对犯罪人是否处刑以及处刑轻重,因而在对犯罪人量刑时必须考虑的情节。③

第四,认为量刑情节是指对人民法院决定犯罪人的刑罚能够发生影响的一系列犯罪基本情况。④

第五,认为量刑情节是对量刑轻重有影响的因素。⑤

---

① 参见马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第251、326页。

② 参见高铭暄:《刑法原理》(第三卷),中国人民大学出版社1995年版,第245页。

③ 参见周振想:《刑罚适用论》,法律出版社1990年版,第263页。

④ 参见赵秉志:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第324页。

⑤ 参见邱兴隆、许章润:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第273页。

第六,认为量刑情节是指对决定和衡量量刑轻重的有关情况,是在裁判中判断增加或减少刑罚,体现宽严政策的法律依据。①

第七,量刑情节指存在于犯罪全过程,决定对犯罪人是否处刑或处刑轻重,所依据的罪前、罪中和罪后的一系列情状和环节。②

虽然学者对量刑情节的具体定义尚未形成统一认识,但在“量刑情节影响行为人是否处刑和处刑轻重”这一点上是不存在争议的。

2. 量刑情节的基本分类

量刑情节的内涵丰富、外延广泛,学界对于量刑情节的分类呈现出分类标准多元化和观察角度多变的特点,但通常都会按照以下标准对其进行分类:

(1) 法定量刑情节和酌定量刑情节

以刑法对于量刑情节规定的明确性程度为标准,可以将量刑情节分为法定量刑情节和酌定量刑情节。法定量刑情节是指根据刑法规定,法官在量刑时必须考虑的情节,例如,累犯、自首、立功等。酌定量刑情节是指根据刑法中概括规定的,在量刑时法官酌情适用的情节,例如,犯罪动机、犯罪后的态度等。

以规定法定量刑情节的刑法规范的性质和确定量刑情节的适用范围为标准,法定量刑情节又分为总则性情节和分则性情节。总则性情节是指对所有犯罪普遍适用的量刑情节。分则性情节是指对某种犯罪适用的情节。

以量刑情节是否必然对量刑产生影响为标准,又可以将法定量刑情节分为应当型量刑情节和可以型量刑情节。应当型量刑情节就是在量刑中必须采用的,法官只能对其影响量刑的程度进行裁量的情节。可以型量刑情节就是指在量刑中并不必然采用,法官可以根据案件的具体情况决定适用与否的情节。可见,法定量刑情节虽然在形式上是法定的,但并不意味着其必然影响量刑的轻重。

(2) 从宽情节和从严情节

以量刑情节对量刑轻重程度的影响为标准,可以将量刑情节分为从宽情节和从严情节。从宽情节,是指在量刑时考虑的对犯罪人从轻、减轻处罚,或者免除处罚的情节,如自首、未遂等;从严情节,是指会使犯罪人受到从严处罚的情节。根据我国现行刑法的规定,从严情节仅指从重处罚的情节。1997 年刑法修改以前,我国还存在加重处罚的情节,但 1997 年刑法修改以后,加重处罚的情节被取消。但在西方刑法学界一般没有从重、加重、从轻、减轻的区别,而统称为加重、减轻。

(3) 单功能情节和多功能情节

根据量刑情节功能的单复,可以将量刑情节分为单功能量刑情节和多功能量刑情

① 参见苏惠渔:《量刑方法研究论》,复旦大学出版社 1991 年版,第 61 页。

② 参见喻伟:《刑法学专题研究》,武汉大学出版社 1992 年版,第 299、313 页。

节。单功能情节是指从功能和适用上均呈现单一性的量刑情节。如法律规定“对累犯要从重处罚”,即对于“累犯”这一情节,在功能上只具有从重处罚的影响力,而不具有从轻或加重处罚的影响力,在适用上只能作为从重情节适用,而不能作为从轻或加重情节适用。多功能情节指的是从功能到适用上都呈现出多样性的量刑情节。如法律规定“对从犯应当从轻、减轻或者免除处罚”,即对于“从犯”既可以从轻、减轻处罚,也可以免除处罚,同一情节具有三种不同的处罚功能,在适用时,可以根据具体情况作出选择。

凡法定情节,其功能的单一性或多样性均有法律明确的规定,在实践中不难操作。而酌定情节的功能因无法律的明文规定而较难把握。一般来说,酌定情节只具有从重处罚或从轻处罚的功能,即为单功能情节。但在某些时候,可以根据酌定情节减轻处罚。如《刑法》第63条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”这里所说的特殊情况,即包含了特殊的酌定情节出现时对量刑的影响。但笔者认为,酌定量刑情节是法律赋予法官自由裁量适用的一种量刑情节,其适用的随意性较大,赋予其多功能性,可能会影响到法律的稳定与权威,因此,对于酌定量刑情节中的多功能情节应当严格把握,不能随意适用。

(二)受贿罪量刑情节研究

我国《刑法》第386条规定:“对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。”第383条规定:“对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚。”可见,在我国,对受贿罪是比照贪污罪的规定进行处罚的。

刑法对于受贿罪的规定,作为刑法分则中的一个部分,刑法总则中明确规定的量刑情节对其当然适用。例如,未遂犯比照既遂犯从轻或者减轻处罚;累犯从重处罚;有立功表现的可以从轻或者减轻处罚等。但刑法也特别作出了只对其适用的规定,如第383条第(三)项中规定:“个人贪污数额在五千元以上不满一万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚或者免予刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。”下面,本文就针对在对受贿罪犯进行处罚时主要适用的量刑情节进行探讨。

1. 受贿罪主要量刑情节概说

(1)受贿数额

行为人受贿的数额,是决定其社会危害性程度的主要标准,因此,受贿数额对决定行为人刑之有无和轻重是非常关键的,这也使它成为受贿罪中主要的量刑情节之一。在《刑法》第383条中,根据受贿数额的不同,对受贿罪的法定刑分为四个量刑档次:

其一,个人受贿数额在10万元以上的,立法规定了两个法定刑:一是处10年以上

有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;二是情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。

其二,个人受贿数额在5万元以上不满10万元的,立法规定了两个法定刑:一是处5年以上有期徒刑,可以并处没收财产;二是情节特别严重的,处无期徒刑,并处没收财产。

其三,个人受贿数额在5 000元以上不满5万元的,立法规定了两个法定刑:一是处1年以上7年以下有期徒刑;二是情节严重的,处7年以上10年以下有期徒刑。此外,立法还规定了对于受贿5 000元以上不满1万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚或者免予刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

其四,受贿不满5 000元的,立法规定了两种不同性质的处罚:情节较重的,处2年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由所在单位或者上级主管机关酌情予以行政处分。前者是刑事处罚;后者是行政处罚。

同时,还应当注意到,对于多次受贿未经处理的,按照累计的数额进行处罚;对于收受物品的,其折价应与物品的来源和收受时的价格相联系,如果不能确定收受时价格的,可以按照扣押物品时的价格计算,或请工商物价部门进行估价;如果收受的是旧物品的,应当按照国家有关物品折旧的规定计算折旧费;若受贿人收受金钱后用于赢利活动的,在案发前其赢利所得不应当计算在受贿数额之内,同理,若受贿人受贿后的钱款被挥霍或在经营中亏损的,也不影响计算。

(2)是否具有索贿情节?

受贿有两种基本方式:一是收受贿赂;二是索取贿赂。我国刑法明确规定"索贿的从重处罚"。收受贿赂,其本质是在行贿人主动提供贿赂时,本应拒绝却予以接受,是因为行贿人的行贿行为所引发的,甚至是本来廉洁自律的干部因为各种原因被行贿人千方百计地拉拢、勾引而最终走向腐败、堕落。索取贿赂包括要求、索要与勒索贿赂。它是国家工作人员自身已经堕落为腐败分子,对于那些本来从未想过行贿的普通公民以不为其谋取利益相威胁要求行贿人向其行贿。可见,索贿的犯罪分子人身危险性和社会危害性比被动受贿的犯罪分子要严重得多,对国家工作人员职务行为的廉洁性、公民对国家单位的信任侵害更加严重。因此,对索贿的应当从重处罚。

(3)主观上故意的类型

根据认识因素和意志因素的不同组合,在刑法理论上把故意分成直接故意和间接故意。两者既有相同之处,又有不同之处,但即使是相同之处也并非完全相同。直接故意受贿是行为人明知索取或者收受结果可能发生或者必然发生,且希望发生的心理态度;间接故意受贿的行为人只能是明知自己的行为可能发生或者必然发生收受财物的结果,而放任其发生的心理态度。在间接故意受贿的情况下,行为人只可能对收取他人财物的结果持放任的态度,而在直接故意受贿的情况下,行为人对收受他人财物

持的是积极追求的态度。对于索贿而言,因为索取本身就表明行为人对财物的取得是持积极主动的追求态度,因此,只有在直接故意的情况下才会出现索取财物的情况。而收受贿赂既可以是行为人在心理上积极追求取得财物的结果,也可以是行为人对得到财物的结果持放任的态度。这就表明两种故意的轻重程度是不同的。另外,由于直接故意在主观上是希望索取或者收受财物的结果发生,行为人的主观恶性较大,其社会危害程度一般要比间接故意严重。因此,区分受贿人主观上故意的类型对正确量刑具有积极意义。

(4) 受贿行为给国家、集体或者第三人造成损失的大小

受贿数额的大小只是反映受贿罪社会危害性程度的一个因素,而不是唯一因素。受贿罪的社会危害性程度还表现在行为人的受贿行为是否给国家、集体或者第三人的利益造成重大损失。如果虽然受贿的数额并不是很大,但却给国家、集体或者第三人的利益造成重大损失,应视为情节严重,处以较重的刑罚。反之,如果虽然受贿的数额较大,却没有给国家、集体或者第三人的利益造成重大损失,则应判处较轻的刑罚。所以,在对受贿罪进行量刑时,不仅要考虑受贿数额的大小,还应当对受贿行为给国家、集体或者第三人的利益造成的损失轻重进行衡量。

(5) 其他酌定量刑情节

除了以上提到的量刑情节外,在司法实践中,法官在对受贿罪犯量刑时,通常还会考虑以下因素:一是是否为初犯、偶犯,或者认罪态度较好;二是是否用受贿所得的钱财进行非法活动;三是是否为多次受贿或者为掩盖受贿犯罪而销毁证据或栽赃陷害他人;四是受贿犯罪的动机、手段以及是否积极退赃、配合调查等。

2. 对受贿罪规定中有关"情节"的理解

鉴于我国刑法对贪污罪和受贿罪的量刑规定完全相同,而且明确规定对受贿罪的处罚必须根据其数额和情节依照刑法关于贪污罪的规定处罚。《刑法》第 383 条对贪污罪刑罚的规定,在以数额为基础的量刑档次中,又特别规定了"情节特别严重"、"情节严重"、"情节较重"、"情节较轻"几个"情节"档次,那么研究这些"情节"档次在司法实践中应该如何准确地理解与执行,就显得尤为必要。

(1) "情节严重"与"情节特别严重"

《刑法》第 383 条第 1 款第 1、2、3 项,根据个人受贿数额的不同,分别规定了三个法定刑幅度,其中使用了"情节严重"或者"情节特别严重"的概念。这是比较典型的对情节加重犯的规定。情节加重犯的成立,是以基本犯的成立为前提的,以第 1 项的规定为例:个人受贿数额在 10 万元以上的,处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。从这一规定我们可以看出,前一部分规定的是受贿数额在 10 万元以上的基本犯的法定刑幅度,后一部分则是对情节加重犯的处罚标准,要适用情节加重犯的量刑标准,其前提仍然是要达到个人受贿数

额在10万元以上这个标准,否则不能成立。

一般来说,对于“情节严重”或者“情节特别严重”的适用主要采用司法解释将之具体化,但对于现行《刑法》第383条第1款中规定的“情节严重”和“情节特别严重”,目前尚无司法解释。不过,从目前司法实践中掌握的情况来看,一般认为“情节严重”和“情节特别严重”主要包括以下几种情况:一是,受贿集团中的首要分子或者共同受贿中的主犯;二是,受贿数额巨大或者特别巨大,拒不退赃的;三是,索取巨额贿赂或者多次、一贯索贿、利用职权变相逼取贿赂的;四是,受贿后为他人谋取利益而致使国家、社会、他人蒙受巨大经济损失或者人身伤亡的;五是,索取或者收受国家贵重物资,或者救济款、侨汇、侨储,而造成严重后果的;六是,索取或者收受手段恶劣,且又牵连其他多种罪名的;七是,为掩盖其受贿罪行而栽赃陷害或者嫁祸于他人的;八是,销毁罪证,拒不坦白交代或者威胁阻止同案犯坦白的;九是,在战争、灾难发生期间受贿的;十是,公检法机关工作人员,索取或者收受犯罪分子或其家属财物的。

(2)“情节较重”与“情节较轻”

现行《刑法》第383条第1款第4项规定“个人贪污数额不满5 000元,情节较重,处2年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。”根据本项规定,对于个人受贿5 000元以下的,处罚与不处罚、处罚的轻重,完全取决于情节,这就提出了“情节较重”与“情节较轻”两个概念,对此,理论界存在不同的理解①:

第一种观点认为,情节较轻应指受贿数额在5 000元以下,又具有法定的从轻、减轻、免除处罚的任意一种情节者。情节较重应指受贿数额虽在5 000元以下,但具备法定的从重或者加重处罚的情节者。

这种观点并不可取。因为现实生活中的受贿案件纷繁复杂,不可能每个案件都存在法定的从轻、减轻、免除或从重、加重处罚的情节,甚至有的案件可能连酌定情节都没有。那么,按照上述观点,对该类案件既不能以情节较重处以2年以下有期徒刑或者拘役,也无法因情节较轻,将被告人交所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分,使这部分案件出现“三不管”现象,不能对其予以正确认定。

第二种观点认为,对个人受贿数额在5 000元以下的,不能一律追究刑事责任,追究的根据应在于“情节较重”之中。所谓“情节较重”,要从两个方面予以把握:第一,具有法定从重情节之一的;第二,具有酌定从重情节之一的,对这类受贿行为,即使数额不满5 000元,也应认定其“情节较重”,处2年以下有期徒刑或者拘役。

针对第二种观点,第三种观点进行了系统的批判。其认为,第二种观点的欠缺在于,将第一种观点中“三不管”的空白区全部推给了“情节较轻”,在无形中放纵了本应

① 参见肖介清:《受贿罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2008年版,第338—340页。

予以打击的受贿犯罪，于情不容。从法理上看，法条不应有“三不管”的空白区，故将无从重情节的受贿犯罪都划入情节较轻中，是无法律和理论根据的。

第三种观点认为，现行《刑法》第383条第1款第4项规定了上限5000元与第3项衔接，而未规定下限，这已经明确显示了对受贿犯罪从严处罚的精神，因此，应在这一精神的指导下，分析该项立法的意图，准确理解“情节较重”与“情节较轻”。

持该观点的人认为，“情节较重”与“情节较轻”是相互衔接、相互排斥的两个概念。个人受贿数额不满5000元的案件，不是情节较重就是情节较轻，二者必居其一，非此即彼。而从重情节和从轻情节则不同，有可能二者集于一案之中，也可能一案中既无从重情节又无从轻情节，不能把情节较重与从重情节等同起来，同理，也不能把情节较轻与从轻情节等同起来。那么，对于既无从重情节又无从轻情节的那一部分犯罪，应该如何认定呢？持该观点的人认为，这部分犯罪基本事实的社会危害性已经说明其情节是较重的，另外，从“情节较重”的法定刑可以看出，其最高法定刑高于上一幅度的最低法定刑。因此，可以认为“情节较重”包括三种情况：一是具有法定从重情节之一的；二是具有酌定从重情节之一的；三是不具有从轻情节之一的。同时，该说认为，《刑法》第383条第1款第4项的规定是受贿罪的法定最低刑，而根据现行刑法总则第62条的规定：“犯罪分子具有本法规定的从重处罚、从轻处罚情节的，应当在法定刑的限度以内判处刑罚。”据此，对于具有从轻情节的受贿犯罪只应在2年以下有期徒刑或者拘役这一法定刑限度之内酌情适用较轻的刑罚，而不能由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。所以，情节较轻只能包括具有减轻、免除处罚情节之一。

笔者赞同第三种观点对于《刑法》第383条第1款第4项的规定不应该有法律空白，情节较重与情节较轻是相互衔接、互相排斥的两个概念的论述。但是对于其将既不具有从重情节又不具有从轻情节的情形都归入“情节较重”的范畴之中的观点，笔者认为值得商榷。首先，第三种观点认为第4项的犯罪基本事实的社会危害性已经说明其情节是较重的，这个理由并无任何根据。因为，一种违法行为必然具有一定的社会危害性，这是对其进行责难的基础，但不能将所有具有社会危害性的违法行为全部纳入犯罪的范畴。既然如此，就更不能认为具有社会危害性就说明该犯罪事实已经达到“情节较重”的程度。其次，该说认为，从轻处罚只能在法定刑的限度以内判处刑罚，因此，具有从轻情节的受贿犯罪只能在2年以下有期徒刑或者拘役这一法定刑的限度之内酌定适用较轻的刑罚，而不能减轻处罚，即免予刑事处罚。这种推理貌似合理，但仔细推敲却有不妥之处。第4项在规定“情节较重”和“情节较轻”时，在二者之间适用的是分号，这就表示其二者之间是并列关系，而并不是把“情节较重”作为“情节较轻”的前提。也就是说，第4项规定的“情节较轻”的情形，并不是以“情节较重”的量刑为基点对“情节较重”的从轻处罚，即在2年以下有期徒刑或者拘役这一法定刑幅度之内处以较轻的刑罚，而是刑法对其的一种单独规定。

对于这个问题之所以会产生如此大的争议,原因就在于《刑法》第383条第1款第4项累赘地作出了"情节较轻,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分"的规定。因为"情节较重"与"情节较轻"之间是没有中间状态的,但司法实践中却会经常出现既不具有从重情节又不具有从轻情节的情形,那么当这种情形出现时,法院应该如何适用刑罚呢?这就给司法实践带来了不小的疑惑。但即使疑惑不能解决,在实践中司法工作者也应当作出合乎理性的价值判断。因为,刑法作为国家制定或认可的要求公民接受的法律规范,其本身应当尽量明确而不应模棱两可。在适用中出现难以解决的疑问时,不应当由相对于国家而言处于弱势地位的公民来承担立法不完善的结果。因此,笔者认为,在适用《刑法》第383条时,应尽量作出有利于被告人的解释。

(三)对本案的评析

在本案中,被告人王怀忠最终被判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。从一审判决书、二审和死刑复核的裁定书中,我们可以看到,法院对其判处死刑时考虑的量刑情节主要包括以下几个方面:

1. 受贿数额特别巨大。我国《刑法》第383条第1款第1项规定:"个人贪污数额在10万元以上的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。"被告人王怀忠在1994年至2001年之间,利用职务上的便利,索取他人人民币275万元,非法收受他人人民币230万元、澳币1万元,共计折合人民币517.1万元,已经远远超过法律规定的10万元,受贿数额特别巨大,属于可以判处死刑的范畴。同时,王怀忠在长达7年的时间内多次索取或者收受他人的贿赂,历时长、次数多,属于前述所讨论的"情节特别严重"中包括的几种情形之列,这些都可以作为对其酌定从重处罚的量刑情节。

2. 索贿。本案中,被告人王怀忠具有多次索贿情形。例如,其在1996年2月至1998年11月期间,利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,通过召开协调会、签批文件等方式,为倪超所在的阜阳市绿洲房地产开发有限责任公司减免土地出让金、城市建设配套费等费用共计人民币149.29万元。2000年5月,王怀忠在天津市开会期间,向倪超索要人民币5万元。此外,其还多次向安徽省阜阳国贸商城有限公司的法定代表人李洲、安徽牛王皮业服饰(集团)公司董事长王静等人索要财物,此处不再一一赘述。我国《刑法》第386条明确规定:"对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。"可见,索贿是一个法定的量刑情节。根据前述论述,法定量刑情节是指根据刑法规定,法官在量刑时必须考虑的情节。所以,在本案中,对被告人王怀忠的索贿行为是法院在量刑时必须予以考虑的情节。同时,该法条明确规定了索贿的从重处罚,根据语言规范和习惯,我们应当将其理解为:具有索贿情节的,应当从重处罚,而不是可以从重处罚,属于应当型量刑情节。前面讨论过,应当型量刑情节就是在量刑中必须采用的,法官只能对其影响量刑的程度

进行裁量的情节，这就从另一个方面对法院将王怀忠索贿的情形予以认定提供了根据。另外，“从重处罚”指的是在法定刑规定的幅度内处以较重的刑罚。而根据《刑法》第383条第1款第1项的规定，“个人贪污数额在十万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。”也就是说法院应当在这一量刑档次内处以较重的刑罚。综上所述，对于被告人王怀忠索取贿赂的情节，法院应当予以考虑，并且要在法律规定的量刑档次内从重处罚。即对被告人王怀忠在这一法定刑幅度内处以较重的刑罚。因此，对其判处死刑是完全有法律根据的。

3. 利用索取的巨额贿赂企图阻止有关部门对其犯罪的查处，情节特别恶劣。如前所述，酌定量刑情节是指根据刑法中概括规定的，在量刑时法官酌情予以适用的情节。在本案中，2000年11月底，时任安徽省副省长的被告人王怀忠得知有关部门正在对其经济犯罪进行调查，经阜阳市阳光产业有限公司总经理张爱云介绍，认识了侯万清（化名“陈思宇”，因犯诈骗罪被判刑），要求侯万清找关系阻止有关部门对其进行的调查，侯万清要求王怀忠提供人民币200万元作为活动经费，同年12月，王怀忠要求安徽亚杰国贸集团股份有限公司董事长兼总经理李洲为其提供200万元。2001年2月，被告人王怀忠利用担任安徽省人民政府副省长的职务便利，以急需用钱为由，向安徽云鹏置业有限公司负责人邓双梅、于旦生夫妇索要人民币50万元，并安排于旦生将30万元送到北京，交给北京新世纪四环投资有限公司副经理余永强，20万元交给个体户苏辉满，用于疏通关系，阻止有关部门对其经济犯罪的查处。被告人王怀忠在明知自己有受贿犯罪行为，国家有关部门正在对其问题进行查处时，仍不思悔改，不是主动认错，积极退赃，配合有关部门的调查，而是继续大额索取贿赂，用索贿所得的钱财，妄图打通关系，阻碍有关部门对其的查处，主观恶性巨大，情节特别恶劣。作为酌定量刑情节，被告人王怀忠利用索取的巨额贿赂企图阻止有关部门对其犯罪查处的情况，法院在决定其刑罚适用时可以酌情予以考虑。

4. 是否具有立功情节。我国《刑法》第68条第1款规定：“犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”可见，立功是我国法定的从轻、减轻或者免除处罚的量刑情节，是法院在量刑时必须予以考虑的情节。且该法律条文属于刑法总则的一般规定，适用于刑法分则中规定的所有罪名。对于受贿罪，立功也当然适用。所谓立功，是指犯罪分子揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等情况的行为。根据刑法规定和最高人民法院1998年发布的《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第5条的规定，立功的情形主要包括三种：一是犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪行为，经查证属实；二是提

供侦破其他案件的重要线索,经查证属实;三是阻止他人犯罪活动,或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯),或者具有其他有利于国家和社会的突出表现。在本案中,控辩双方争论得较为激烈的一点就是王怀忠在一审期间,揭发唐某、燕某、姚某受贿犯罪和汪某走私犯罪以及在一审宣判后又检举他人的腐败犯罪,是否构成立功。对于被告人在一审期间揭发的另外三人的罪行,经检察机关查证,唐某在王怀忠揭发之前已经被举报,不属于有检举、揭发他人犯罪行为的情形;燕某的行为不构成犯罪,且已经受到党纪、政纪处分,也不属于检举、揭发他人的犯罪行为;姚某和汪某在王怀忠揭发前,已被立案查处,亦不属于立功的情形;对于其在一审判决宣告后又检举他人的腐败犯罪,经有关部门审查,确认因检举线索笼统、模糊,无时间、地点和具体情节,不具备查证条件,无法查证是否属实,因此其行为依法也不构成立功。综上,王怀忠的行为不构成立功,不具有法定的从轻、减轻或者免除处罚的情节。

5. 拒不认罪、态度恶劣。根据前面的论述,拒不认罪、态度恶劣是法院在司法实践中经常予以考虑的酌定量刑情节。在本案中,一、二审法院认为,被告人王怀忠在一审期间,在确凿的证据面前,百般狡辩,拒不认罪,态度极为恶劣;在二审期间,其虽然对大部分罪行予以供认,但对有确凿证据的其他犯罪事实仍予以否认,其表现并非真诚悔罪,不足以从轻处罚。

综上所述,最高人民法院认定被告人王怀忠"犯罪情节特别恶劣,社会危害性极大,罪行极其严重",依法应当核准山东省高级人民法院"判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产"的裁定是在综合考虑了各种量刑因素的情况下作出的,具有合法性和合理性。

七、严厉打击腐败犯罪与死刑的适用

本案中,被告人王怀忠最终被判处死刑立即执行,成为我国改革开放以来继胡长清、成克杰之后第三个被处以极刑的省部级以上腐败高官。王怀忠案的查处,充分反映了我国继续深入开展党风廉政建设和反腐败斗争的决心和力量。多年来,虽然我国政府始终高度重视同贪污贿赂等腐败犯罪作斗争,并取得了一定的成效,但是贪污贿赂犯罪发案率较高、大案要案频繁发生的局面并没有得到有效的遏制。在这种形势下,我国学界不少学者提出应当废除贪污贿赂犯罪的死刑适用。他们认为,贪污贿赂犯罪不是以侵害生命为目的的犯罪,完全不具有暴力因素,对其适用死刑也不符合国际发展趋势,故应当予以废除。但也有的学者认为,我国目前贪污贿赂犯罪形势严峻,民众要求"从严治贪"的呼声极高,在这种形势下断然废除贪污贿赂罪死刑的适用似与民意背道而驰,故应当暂时保留该罪的死刑。笔者认为,近年来我国贪污贿赂犯罪率一直居高不下,且呈上升趋势,可见,死刑对于遏制贪污贿赂犯罪的发生并非治本之策,难以达到从根本上遏制腐败犯罪的目的,这就引发了我们对贪污贿赂犯罪死刑立

法的反思。下文就将从我国对贪污贿赂犯罪适用死刑的现状入手,探讨在当前国情下废除贪污贿赂犯罪死刑适用的可行性。

(一)我国贪污贿赂犯罪死刑适用的现状及理论争议

有关数据显示,2000 年全国检察机关立案侦查贪污贿赂、渎职案件 45 113 件,犯罪数额百万元以上的有 1 335 件;2001 年全国检察机关立案侦查贪污贿赂犯罪案件 36 447 件,涉案人数 40 195 人,犯罪数额百万元以上的 1 319 件;2002 年全国检察机关立案侦查贪污贿赂、渎职案件 207 103 件,犯罪数额百万元以上的 5 541 件;2003 年全国检察机关立案侦查职务犯罪案件 39 562 件,涉案人数 43 490 人,立案侦查贪污受贿、挪用公款等案件 18 515 件,其中涉案金额 1 000 万元以上的 123 件。① 另外,2001 年全国法院共判处贪污、贿赂等犯罪分子 1.7931 万人,其中省(部)级以上公务员 3 人,地(厅)级公务员 52 人,县(处)级公务员 350 人;2002 年全国法院共判处贪污、贿赂等职务犯罪类犯罪分子 2.012 万人,其中省(部)级以上公务员 5 人,地(厅)级公务员 89 人,县(处)级公务员 419 人,呈现全面上升之势。② 从 2004 年至今,因贪污贿赂犯罪被判处死刑的各级官员共有 18 人。其中,判处死刑立即执行的有 4 人(中国农业银行北京支行某处原处长温梦杰,涉案金额约 1 505 万元;安徽省原副省长王怀忠,涉案金额约 997 万元;河北省外经贸厅原副厅长李友灿,涉案金额约 4 744 万元;国家食品和药品监督管理局原局长郑筱萸,涉案金额约 600 万元),占 22%。判处死刑缓期执行的有 14 人(北京市交通局原副局长毕玉玺,涉案金额约 1 304 万元;国土资源部原部长田凤山,涉案金额约 503 万元;黑龙江省政协原主席韩桂芝,涉案金额约 736 万元;深圳市民政局原局长黄亦辉,涉案金额约 1 660 万元;山东省青岛市原市长助理王雁,涉案金额约 496 万元;黑龙江省绥化市委原书记马德,涉案金额约 600 万元;成都市委宣传部原部长高勇,涉案金额约 1 621 万元;黑龙江省鸡西市委原书记丁乃今,涉案金额约 620 万元;云南红塔电视台原台长丁云,涉案金额约 446 万元;武汉铁路分局原副局长刘志祥,涉案金额约 4 000 万元;安徽省政协原副主席王昭耀,涉案金额约 1 354 万元;湖南省高级人民法院原院长吴振汉,涉案金额约 607 万元;河南省人大常委会原副主任王有杰,涉案金额约 754 万元;天津市人民检察院原检察长李金宝,涉案金额约 1 962 万元),占 78%。③ 可见,近几年,涉及贪污贿赂犯罪的官员级别高,涉案金额巨大,被判处死刑的比例较高。那么为什么极刑的适用仍不能对其起到足够的威慑作用呢?这就引发了理论界关于贪污贿赂犯罪中死刑存在必要的争论。

1. *存置论*

我们目前对贪污贿赂罪适用死刑持保留态度的立法、司法界人数众多,他们的理

① 根据《最高人民检察院公报》2001 年—2006 年整理所得。

② 参见肖扬:《最高人民法院工作报告》。

③ 参见王翼涛:《我国贪贿犯罪死刑适用探究》,载《河南师范大学学报》2008 年第 35 期。

由主要有以下几点:(1)对贪污贿赂犯罪适用死刑是民意的需要,它满足了人们的报应观念,符合人民群众"从严治贪"的愿望,同时,也体现了国家严厉打击该类犯罪的坚强决心。(2)死刑是预防贪污贿赂犯罪的有效方法。因为死刑是以剥夺人的生命为内容的刑罚,而生命权是人类最基本的权利,一旦生命丧失其他的一切亦无存在的意义,所以死刑是当之无愧的最严厉的刑罚。正因为其最为严厉,因此其具有最大的威慑功能和最佳的预防贪污贿赂犯罪的功能。(3)死刑比终身监禁更为经济。因为对罪犯执行死刑不需要投入大量资金营造监禁场所,无需配备看守人员等,同时还避免了在押犯之间的交叉感染和心理疾患发生的可能,亦无需为罪犯被释后回归社会的问题投入大量的资金和精力,具有刑罚执行上的简便性和经济性。①

2. 废止论

提出废除贪污贿赂犯罪死刑适用的学者们认为,在我国目前该类犯罪持续高发的形势下,我们有必要对其存在的合理性进行反思。他们提出的理由主要有以下几点:(1)从我国近些年来贪污贿赂犯罪高发的态势来看,死刑的适用对贪污贿赂犯罪的预防并未产生太大作用,对其予以废除是可行的。(2)从价值观上看,贪污贿赂犯罪侵犯的是国家公职人员的职务廉洁性和公共财产所有权,这是与生命权有很大区别的权利,如果剥夺该类罪犯的生命,无疑是将生命与金钱放在同一平面上权衡,违背了生命至上的普适价值观念,也不符合保障人权的现代观念。(3)从国际视角上看,废除贪污贿赂犯罪等经济犯罪的死刑适用已经成为一个普遍的潮流,中国不可能置身事外,单方面对贪污贿赂等经济犯罪适用死刑将妨碍国际刑事司法合作的进程。②

上述两种观点在一定程度上都有其合理性,但笔者认为,从目前状况出发,在我国废除贪污贿赂犯罪的死刑适用是可行的。

(二)废除贪污贿赂犯罪死刑适用的可行性论证

1. 从贪污贿赂犯罪发生的原因上看

贝卡里亚的"犯罪饱和法则"提出:每一个社会都应有其应有的犯罪,这些犯罪的产生是由于其自然和社会条件引起的,其质和量与每一个社会集体的发展是相适应的。③ 正如此,贪污贿赂犯罪的产生和存在是社会政治、经济、文化、法律等多种因素综合作用的结果,虽然其与行为人对不正当经济利益的贪婪追求有关,但与一个国家经济管理上的混乱、社会监督的缺乏以及刑事法网的结构也存在着难以割断的联系。一方面,在经济飞速发展的今天,我国的政治体制改革仍然相对滞后,权力高度集中的状况仍未得到根本改变。各级党政领导手握重要权力,控制着较多的社会资源,加之党政内部相互之间权力制约的缺乏,监督往往流于形式,这就给一部分国家工作人员走

---

① 参见赵秉志:《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,第10、11页。

② 同上书,第341—348页。

③ 参见马克昌:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社2004年版,第66—68页。

向腐败之路提供了可乘之机。面对外界令人眼花缭乱的生活，当这部分人意识到通过自己手中的权力可以帮助他们实现一直梦寐以求的欲望时，他们的内心动摇了，当这种心理失衡由于客观环境的刺激而逐渐内化为不良需要时，不良需要的恶性发展就形成了最终的犯罪动机。当法律理性在这种不良需要面前“折腰”时，他们自然就走上了犯罪道路。从目前的情况看，死刑的适用并没有有效地遏制贪污贿赂犯罪的发生，而且对贪污贿赂犯罪行为人严惩的过分依赖，可能会导致在实践中忽略了国家在制度设计和监督管理中的疏漏。综观目前经济较为发达，预防和惩治贪污贿赂犯罪较为成功的国家，无不对国家公职人员设立了较为严格的管理制度。因此，要达到预防和遏制贪污贿赂犯罪的目的，既要予以严厉打击，更要建立和健全各项管理制度，完善社会的监督制约机制。这些措施一方面有利于打消行为人逃避法律制裁的侥幸心理，另一方面也可以最大限度地根除贪污贿赂犯罪的客观诱因，两者有机结合，才能形成预防和治理贪污贿赂犯罪的综合合力，收到治本之效。

2. 从死刑适用的效益性上看

“效益”本来是一个经济学概念，其表明收益与成本之间的比例关系，即以最少的投入，获得最大的收益。刑罚的效益主要表现在刑罚的功能上，即刑罚所具有的特殊预防与一般预防功能。特殊预防亦称个别预防，是指通过对犯罪人适用一定的刑罚，使其永远或在一段时间内丧失再犯的能力；一般预防是指通过对犯罪人适用一定的刑罚，对社会上其他人产生威慑和阻止其犯罪的功能。死刑作为一种剥夺人生命的刑罚，其适用当然会永久剥夺犯罪人再次犯罪的能力，收到有效的特殊预防效果，这是一个不争的事实。但对贪污贿赂犯罪适用死刑是否就能收到很好的一般预防的效果呢？

二百多年前，贝卡里亚就指出“对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性。”因为对人们来说，即使是最小的惩罚，只要是无可避免的，总会让人害怕。相反，即使刑罚十分严酷，但只要给人们留下一线能够逃脱的希望，就可能造成鼓励人们出于侥幸心理冒险实施犯罪行为的恶劣效果。因此，死刑要对潜在的犯罪产生威慑力，收到良好的一般预防的效果，必须以行为人明知自己的行为构成犯罪且不可避免地将受到刑罚处罚为前提。但实践中却有很多人缺乏违法性认识，或者虽然知道其行为违法，但认为罪不至死，甚至明知其犯罪行为可能会被判处死刑，却存有侥幸心理，认为可以避免。这几类犯罪人在实践中占有很大比例，死刑对其威慑力甚微。如前所述，2000 年全国检察机关立案侦查贪污贿赂、渎职案件 45 113 件，犯罪数额百万元以上的有 1 335 件；2001 年全国检察机关立案侦查贪污贿赂犯罪案件 36 447 件，涉案人数 40 195 人，犯罪数额百万元以上的 1 319 件；2002 年全国检察机关立案侦查贪污贿赂、渎职案件 207 103 件，犯罪数额百万元以上的 5 541 件；2003 年全国检察机关立案侦查职务犯罪案件 39 562 件，涉案人数 43 490 人，立案侦查贪污受贿、挪用公款等案件

18 515 件,其中涉案金额 1 000 万元以上的 123 件。[①] 另外,2001 年全国法院共判处贪污、贿赂等犯罪分子 1.7931 万人,其中省(部)级以上公务员 3 人,地(厅)级公务员 52 人,县(处)级公务员 350 人;2002 年全国法院共判处贪污、贿赂等职务犯罪类犯罪分子 2.012 万人,其中省(部)级以上公务员 5 人,地(厅)级公务员 89 人,县(处)级公务员 419 人,呈现全面上升之势。[②] 这也从另一个方面说明,死刑对职务类犯罪,特别是对贪污受贿犯罪的威慑作用和预防功能是十分有限的。而且我们可以看到,虽然人们也要求严惩腐败犯罪,但是,即使对于相当严重的腐败犯罪,一般也并未达到不适用死刑不足以平民愤的程度。因此,废除贪污贿赂犯罪的死刑适用,无论是从一般预防的角度还是对社会公众的心理,都不会产生较大的负面影响。

3. 从刑罚配置的正当性上看

赵秉志教授曾提出合理配置死刑的两个原则:(1) 必要性原则。即从正面看,对特定犯罪规定死刑是否必要;从反面看,对特定犯罪已经规定的死刑予以废止是否必要。(2) 价值衡量原则。即以刑法的人权保障机能和社会保护机能相平衡为基点,对特定犯罪人的人格进行法律评价,充分考虑犯罪人的价值;对于虽造成严重的客观危害,但是对社会或被害人仅造成单纯的物质损害,且不触犯社会基本政治秩序和重大利益的犯罪,鉴于犯罪人人身危险性相对较轻,具有可改造性,应当废除其死刑规定。[③] 另外,立足于罪刑均衡这一现代刑法的基本精神,也要求刑罚的配置必须具有正当性,这种正当性不仅要求做到有罪必罚、无罪不罚、轻罪轻罚、重罪重罚,而且还要求刑法所剥夺的犯罪人的权益与犯罪行为所侵害的权益大致相当。否则,即是对公正这一刑法所追求的终极价值目标的背离和违反。由此决定,死刑作为最严厉的刑罚,应当分配于所侵犯的权益与死刑所剥夺的权益相当的犯罪。然而,贪污贿赂犯罪属于贪利型犯罪,从客观上讲,此类犯罪人侵犯的是国家工作人员职务的廉洁性和公共财产所有权。因此,对于此类犯罪,即使是给国家造成了严重的经济损失,但其与危害国家安全、危害公共安全以及严重侵犯公民生命、健康的暴力性犯罪相比,在社会危害程度上还是有很大差距的,尚不能被视为罪行极其严重,对其适用死刑无疑有悖于罪刑均衡的原则。另外,贪污贿赂犯罪的严重程度,主要体现在所谓的"犯罪数额"上,这就会导致把财产损失价值与人的生命价值等量齐观,误导社会公众对生命和生命权的轻视,违背刑法公平、正义的理念。因此,尽管贪污贿赂犯罪严重侵犯了国家工作人员职务的廉洁性,破坏了国家工作人员在人民心目中的形象,使人们对政府产生信任危机,但即使如此,我们也不能为了满足人们简单的报应观念而对该类犯罪适用死刑。死刑的

---

① 根据《最高人民检察院公报》2001 年—2006 年整理所得。

② 参见肖扬:《最高人民法院工作报告》。

③ 参见赵秉志:《关于中国逐步废止非暴力犯罪死刑的研讨》,载赵秉志主编:《中国废止死刑之路探索》,中国人民公安大学出版社 2004 年版。

存在必须有其公正的基础，只有按照等价原则将其分配于极其严重的犯罪时，它才是公正、合理的，否则就会导致死刑的滥用，从而丧失其公正性。

4. 从人权保护上看

近代以来，保障人权的呼声越来越高，随之而来的是以人道主义为基础，以保护人权，保障个人自由，提高人类价值为宗旨的刑事政策思想被越来越多的国家和人民接受，成为当今世界各国和国际社会处理政治、经济、法律等事务必须予以考虑的问题。2004年，我国第十届全国人大第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》明确将“尊重和保障人权”作为一项重要内容写入宪法，这无疑是我国人权理念进步的一个标志。而在刑事法治领域，刑法立法的完善与刑事司法的发展当然也必须符合人权保护的时代要求。过去的几年，在人权观念的指引下，刑罚由严酷走向宽和，由剥夺走向保障，但刑罚进化的时代特征不单是刑种数量的减少，更是酷刑的锐减和执行方法的宽缓。有学者把刑法的功能归结为保护和保障，其中保护的是全体社会成员和国家的权益，保障的是犯罪人的权益。犯罪人的人权当然也属于刑法保护之列，国家通过合理的刑罚配置保障犯罪人受到最合理而不过分的报应，通过严格的诉讼程序使得犯罪人的实体权利得到保障。

生命权是国际社会公认的基本人权，人的生命是人享有一切权利的本体基础和自然前提，没有生命就不可能有人的存在。因此，任何人的生命都应该得到承认和尊重，不能任意剥夺。如前所述，死刑的适用应当与犯罪行为的严重程度相适应，即死刑只有被分配于所侵害权益的价值不低于生命价值的犯罪才是公正的。对于个人来说，生命是人至高无上的权益，没有任何其他权益比其更重要。而贪污贿赂犯罪作为贪利型犯罪，其侵害的是国家工作人员职务的廉洁性，即便该犯罪行为给国家和人民带来了重大的经济损失，其与死刑所剥夺的生命权益仍不具有相当性，对其适用死刑，是对生命价值的贬损，并不符合尊重和保障人权的现代理念。

5. 从当前的国际潮流上看

贪污贿赂犯罪是特定历史条件下的产物，是一种社会现象，是由多种因素相互作用形成的，它不是中国特有的现象，其他西方国家同样受到贪污贿赂犯罪的长期困扰。因此，贪污贿赂犯罪作为一种严重的腐败现象和社会公害，其现状与发展趋势已经引起国际社会的普遍关注。世界各国都在积极采取各种方法，预防和打击贪污贿赂犯罪，但各国的做法却不尽相同。联合国1999年12月《有关严重犯罪的分析性研究——秘书处的报告》中提及“对于有些罪行，各国的做法大相径庭，有些国家规定的刑罚远甚于其他国家。对贿赂罪的刑罚就是一例。如上所述，大多数提供答复的国家规定的刑期一般都在6个月到10年不等。但在南非，对贿赂罪的初犯者，至少判15年徒刑，对再犯者判20年徒刑，对三次或多次犯有此种罪行者判25年徒刑。在中国，对此种罪

行判的徒刑可以是终身监禁,甚至可以对此种罪行判死刑。"[①]由此来看,中国对贪污贿赂犯罪设置死刑可能是全世界对此类犯罪打击最为严厉的国家,但贪污贿赂犯罪在我国的发案率却没有下降,反而逐年升高。相反,其他很多国家,如新加坡等,虽未对该类犯罪设置死刑,却是比较廉政的国家。

另外,国际通行的"死刑犯不引渡"原则也使得我国大量贪官逃往国外,无法引渡回国,造成国家财产大量外流。第二次世界大战以后,由于废除死刑运动的影响,在一些多边或双边引渡条约中规定,对按照要求国的法律可判处死刑的逃犯,可以拒绝予以引渡,除非要求国保证不判处死刑,或者判处死刑,但不执行。目前,全世界绝大多数国家都废除了贪污贿赂犯罪的死刑适用,但我国还予以保留。倘若我国严重的贪污贿赂犯罪分子逃往外国,在请求外国引渡该罪犯或者协助缉捕罪犯时,他国可遵循"死刑犯不引渡"的原则,拒绝引渡或者拒绝给予协助。这必将直接影响我国对贪污贿赂犯罪分子的追诉,既不利于打击贪污贿赂犯罪也不利于开展国际刑事司法合作。

(三)对本案的评析

王怀忠被判处死刑立即执行的裁定作出后引起了社会各界的广泛关注。因为在普通群众的观念中,受贿数额越大罪行越严重,越应当执行死刑。王怀忠受贿500多万元,被法院判处死刑立即执行。而过去法院对一些比王怀忠受贿数额更大的犯罪分子却并没有判处死刑立即执行,如原云南省省长李嘉廷和原河北省副省长从福奎。这引起了很多人的不解。

我国《刑法》第48条第1款规定:"死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。"那什么是"罪行极其严重的犯罪分子"呢?赵秉志教授认为可以从两个方面对这一概念予以把握:一是犯罪分子的社会危害行为和后果;二是犯罪分子的主观恶性和人身危险性。因为,根据罪责刑相适应的原则,对任何犯罪判处刑罚、判处任何刑罚,不仅要考虑犯罪行为给社会带来的客观危害后果,还需关注行为人的主观恶性和人身危险性,片面强调任何一个方面,都是对这一原则的违背。死刑的适用本就应该慎之又慎,因此,在判断对任何一个犯罪行为人是否应当适用死刑时,违背这一原则的做法及其不良后果,尤其不堪设想。[②] 具体到刑法分则中,死刑适用的对象不仅仅是犯有"极其严重"的罪行的人,而且应该是具有该"极其严重"的罪行中最严重情节的人。根据我国《刑法》第386条和第383条第1款第1项规定:"贪污数额在十万元以上,并且情节特别严重的,可以处死刑。"可见,对受贿犯罪分子适用死刑不仅要求受贿数额在10万元以上,而且要求具有特别严重的情节,二者缺一不可。数额是一个量化的概念,判断起来比较容易。而"情节特别严重"是一个较为抽象的概念,有法定的从重处罚情节和酌

① 参见马晓炜:《职务犯罪死刑存废的理性思考》,载《河北法学》2008年第26期。

② 参见赵秉志:《死刑改革探索》,法律出版社2006年版,第34、35页。

定的从重处罚情节。在我国刑法中,对受贿罪,法定的从重处罚情节如《刑法》第386条关于索贿的规定;酌定的处罚情节如受贿者为请托人谋取利益致使国家和人民利益遭受重大损失等。就本案而言,王怀忠受贿517.1万元,远远超过10万元,具有适用死刑的一个条件。但如果要对王怀忠适用死刑,还必须研究其是否属于"情节特别严重"的范畴。根据前述案情介绍我们知道,在517.1万元的贿赂中,有275万元是王怀忠索贿得来的。王怀忠受贿既达到了数额特别巨大,又兼有索贿情节,且索贿数额也达到了特别巨大的程度,具有法定的从重处罚情节。同时,王怀忠在其犯罪问题暴露之后,还先后三次索贿共计270万元,企图用索取的贿赂贿买有关国家工作人员以达到阻止有关部门对其问题查处的目的,兼具酌定从重处罚情节,可谓"情节特别严重"。依照最高人民法院的刑事裁定书,核准王怀忠死刑的理由即是"王怀忠受贿数额特别巨大,并具有多次索贿的法定从重处罚情节。更为恶劣的是,王怀忠为逃避法律制裁,在有关部门查处其涉嫌经济犯罪期间,仍继续向他人索贿,且将索取的巨额贿赂用于企图阻止有关部门对其经济犯罪问题的查处,受贿犯罪情节特别恶劣,社会危害性极大,罪行极其严重。"

对于李嘉廷案,李嘉廷受贿数额为1 800多万元,数额达到特别巨大,具有适用死刑的一个条件。但是,李嘉廷在法院审理期间,检举了两个国家工作人员的职务犯罪,经查证属实。根据《刑法》第68条第1款的规定,构成立功,而立功是法定可以从轻处罚的情节。此外,李嘉廷还具有其他酌定从轻处罚情节。同时,根据《刑法》第48条的规定,对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。综合考虑,法院最终对李嘉廷判处死刑,但不需要立即执行。对于从福奎案,从福奎受贿930多万元,数额特别巨大。但鉴于其中大部分受贿数额是从福奎自己坦白交代的,属于酌定可以从轻的情形,不属于"情节特别严重"。因此,法院认为对从福奎判处死刑但不必立即执行。而王怀忠不仅受贿数额达到了法定标准,而且情节特别严重,不具有任何法定或酌定的从轻处罚情节。因此,法院将王怀忠与李嘉廷、从福奎的判决在量刑上加以区分,是有事实和法律依据的。

但是,如前所述,鉴于贪污贿赂犯罪的特殊性和我国目前司法实践的效果,限制并逐步废除该类犯罪的死刑适用是一个不可避免的大趋势。我们目前更需要研究的是,如何能让这条废除之路走得更为顺利和平坦。

八、结语

从1952年中央人民政府公布的《中华人民共和国惩治贪污条例》中对受贿罪的简要规定,到目前众多法律和司法解释对受贿罪的详细阐述,我国的立法和司法实践不断完善着对受贿罪的规定。同时,我国刑法理论界也在对受贿犯罪进行并将继续进行长期的研究和讨论。伴随着受贿犯罪案件数量的增加、受贿数额的增多,人们也越来

越注重从实际案例中发现并不断完善理论问题。作为新中国成立以来,继胡长清、成克杰之后,第三个因严重腐败被判处极刑的省部级领导干部,王怀忠成为又一个"一把手"因缺乏自律和外部监督而导致全方位腐败的典型,其中涉及的理论问题也引起了广泛的关注。从刑法学的角度看,本案除了涉及本文所讨论的受贿罪中对"利用职务上的便利"的认定问题,受贿罪量刑情节的问题,以及对我国严厉打击腐败犯罪的政策和逐步限制并最终废除死刑的趋势之间的问题,还涉及受贿数额的计算、收受贿赂的方式和国家工作人员与亲属共同受贿的定罪和处罚问题。但限于篇幅和笔者自身的能力,不能无一遗漏地加以讨论。希望能通过笔者粗陋的研究对我国受贿犯罪的理论研究和司法实践尽一点绵薄之力。

附录一

山东省济南市中级人民法院刑事判决书

[2003]济刑二初字第32号

公诉机关山东省济南市人民检察院。

被告人王怀忠,男,1946年8月1日出生于安徽省亳州市,汉族,大学文化,原系安徽省副省长、安徽省九届人大代表(2002年9月28日被罢免),曾任安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记。住安徽省合肥市舒城路2号三栋102室。因涉嫌犯受贿罪,于2002年9月30日被刑事拘留,同年10月14日被逮捕。现羁押于山东省看守所。

辩护人王亚林,安徽亚太君安律师事务所律师。

辩护人于新,山东康桥律师事务所律师。

山东省济南市人民检察院以济检刑诉字第76号起诉书指控被告人王怀忠犯受贿罪、巨额财产来源不明罪,于2003年11月13日向本院提起公诉。本院遵照最高人民法院指定管辖决定,立案受理,并依法组成合议庭,于2003年12月10日公开开庭审理了本案。济南市人民检察院指派代理检察员王环海、孙屹峰、郭晓英出庭支持公诉。被告人王怀忠及其辩护人王亚林、于新到庭参加诉讼。现已审理终结。

山东省济南市人民检察院指控:

一、受贿罪

被告人王怀忠自1994年9月至2001年3月期间,利用担任安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、阜阳地委书记、阜阳市委书记、安徽省副省长等职务上的便利,为有关单位、个人谋取利益,非法收受、索取他人财物,共计折合人民币517.1万元。

1. 1994年9月26日，阜阳飞龙皮革有限公司副董事长杨晓明因涉嫌偷税犯罪被阜阳市人民检察院立案侦查，被告人王怀忠应杨晓明妻子蔡勤的请托，从中协调，为杨晓明办理了取保候审手续。1994年12月，王怀忠在海南省兴隆温泉度假村，收受杨晓明人民币6万元。

2. 1995年至1997年，被告人王怀忠通过向有关部门负责人打招呼、主持召开协调会等方式，为国银投资集团解决房地产开发过程中遇到的问题，并减免城市建设配套费人民币102.3万元。1997年7月，王怀忠在澳大利亚参加招商活动期间，收受国银投资集团董事长相坤1万澳元(折合人民币6.1万元)。

3. 1997年至1999年间，被告人王怀忠通过签批文件、召开协调会等方式，帮助安徽省阜阳汇鑫发展有限公司解决在房地产开发用地、拆迁安置等方面的困难，先后四次收受安徽省阜阳汇鑫发展有限公司负责人姜旭、余永强、王忠所送的人民币共40万元。

4. 1998年10月至1999年5月，被告人王怀忠为阜阳市龙腾实业有限责任公司在解决征地建设小区、调解纠纷、征地建购物中心、办理加油站土地证手续等方面谋取利益，先后四次收受阜阳龙腾实业有限责任公司董事长马萍、总经理卢强所送的人民币110万元。

5. 1998年8月至1999年8月，被告人王怀忠通过签批文件、向有关部门负责人打招呼等方式，帮助周伟买断阜阳市国有企业东方宾馆，并为周伟协调贷款，先后四次收受周伟送的人民币50万元。

6. 1997年至1999年，被告人王怀忠通过打招呼、召开协调会等方式，为天力房地产开发有限公司减免城市建设配套费和土地出让金人民币700余万元。1999年8月，天力房地产开发有限公司董事长王新华将人民币10万元，连同以前王怀忠交其保管的10万元，以王怀忠女儿王莉的名义存入合肥市三孝口邮政储蓄所，在合肥市稻香楼宾馆将该20万元人民币的存单交给王怀忠。

7. 1996年下半年至1999年2月，被告人王怀忠应阜阳市白金汉宫大酒店股份有限公司董事长刘士强的请求，通过召开协调会、批示等方式，解决白金汉宫大酒店扩建遇到的拆迁、资金问题。1999年8月，王怀忠在白金汉宫大酒店6080号房间，收受刘士强人民币20万元。

8. 2000年5月，被告人王怀忠利用担任安徽省副省长的职务便利，以急需用钱为由，向阜阳市绿洲房地产开发有限公司负责人倪超索要人民币5万元。

9. 2000年12月，被告人王怀忠为了疏通关系，阻止有关部门对其问题的查处，利用担任安徽省副省长的职务便利，以急需用钱为由，向安徽亚杰国贸集团股份有限公司董事长兼总经理李洲索要人民币200万元。

10. 2000年12月，被告人王怀忠利用担任安徽省副省长的职务便利，以急需用钱

为由，先后两次向安徽牛王皮业服饰集团董事长王静索要人民币20万元。

11. 2001年2月，被告人王怀忠为疏通关系，阻止有关部门对其问题的查处，利用担任安徽省副省长的职务便利，以急需用钱为由，先后两次向邓双梅、于旦生夫妇索要人民币50万元。

二、巨额财产来源不明罪

被告人王怀忠夫妇拥有各类财产共计折合人民币1 085.79万元，其中，517.1万元是王怀忠受贿所得，88.11万元来源合法，另有价值人民币480.58万元的财产，被告人王怀忠不能说明合法来源。

公诉机关在开庭审理过程中向法庭宣读了书证、证人证言、鉴定结论，通知了证人杨应宇出庭作证，播放了视听资料，认为被告人王怀忠的行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项和第三百九十五条第一款的规定，已分别构成受贿罪和巨额财产来源不明罪。提请本院依法惩处。

对于公诉机关指控被告人王怀忠索取、非法收受人民币517.1万元的事实，王怀忠全部予以否认，辩称不构成受贿罪。其理由是：(1) 没有利用职务上的便利为有关单位和个人谋取利益，协调贷款是为了发展阜阳的经济，签批文件、召开协调会为有关单位解决征地、拆迁、减免税费，均是依照国家政策和安徽省、阜阳市的有关文件规定进行的，并且是经过集体研究决定的；(2) 起诉书指控其非法收受杨晓明、姜旭等人200多万元人民币，其中绝大部分均是两个人一起送的，其分管过政法工作，懂得法律，两个人一起送钱其不会收；(3) 1998年10月到1999年8月，全国在开展"三讲"，安徽省纪委正在查处阜阳市长肖作新的腐败问题，其作为安徽省副省长人选，有关部门正在对其进行考察，在此期间收受人民币180万元，不符合常理，其没有受贿的动机和目的；(4) 证人证言都是虚假的，不可采信；(5) 到澳大利亚考察期间所使用的澳元，是到澳大利亚前在上海用6 000美元兑换的，美元是其在亳州任职期间与朱四辈合伙做生意赚的，没有收受相坤1万澳元；(6) 王新华交给其20万元人民币的存单，是委托王新华保管的，不是受贿；(7) 在天津开会期间向倪超要人民币5万元，是因为倪超在1995年向其借款5 000美元，该5万元属于还款，不是索贿；(8) 起诉书指控索要李洲人民币200万元不是事实，该200万元是杨应宇向安徽亚杰国贸集团股份有限公司借的，有杨应宇亲笔书写的借条为证，且该款为杨应宇使用；(9) 2000年12月，曾向王静借款人民币20万元，不是索贿；(10) 2001年2月，为了帮助朋友余永强、苏辉满，曾向邓双梅、于旦生夫妇借款人民币50万元，不是索贿。

对于公诉机关指控被告人王怀忠犯有巨额财产来源不明罪的事实。王怀忠辩称：其不清楚家中有480万余元的巨额财产，且其已于2000年3月与韩桂荣离婚，并对共有财产进行了分割，指控其有480万余元的巨额财产与事实不符，不构成巨额财产来

源不明罪。

被告人王怀忠的辩护人王亚林、于新提出如下辩护意见:(1) 根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第九十七条和"六部委"《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第17条的规定,侦查人员询问证人应当在证人所在单位或者证人的住所进行,或者在侦查机关内进行,不得另行指定其他地点。本案中,侦查人员对证人的询问几乎全部是在宾馆或者招待所进行的,违反了法律的强制性规定。由于取证地点不合法,不能排除证人提供证言时基于恐惧心理,为了迎合办案人员指证犯罪的需要说了假话。(2) 证人证言之间在证实被告人王怀忠受贿的具体地点、时间等细节方面不一致,这些矛盾点没有合理排除前,不能认定王怀忠构成受贿罪。(3) 王怀忠签批文件、召开协调会为有关单位减免费用,是在众多的党政部门负责人参与、研究后共同决定,以会议纪要等文件形式作出的,应当由有关组织承担责任;为了招商引资,发展经济,类似减免城市建设配套费、土地出让金的情况在全国普遍存在,王怀忠的行为存在积极的动机。(4) 指控王怀忠犯巨额财产来源不明罪的证据不充分。(5) 王怀忠的离婚行为是否有效,应当由民政部门或者人民法院依照法律程序作出认定,公诉机关认定王怀忠是假离婚或者是离婚无效不符合法律的规定。

经审理查明:

一、受贿事实

1994 年 9 月至 2001 年 3 月,被告人王怀忠利用职务上的便利,为有关个人和单位谋取利益,先后 16 次非法收受杨晓明、相坤等人人民币 236 万元、澳币 1 万元(折合人民币 6.1 万元);先后 4 次索取倪超、李洲等人人民币 275 万元,共计折合人民币 517.1 万元。具体如下:

(一) 1994 年 9 月,阜阳飞龙皮革有限公司(以下简称飞龙公司)副董事长杨晓明因涉嫌犯偷税罪,被阜阳市人民检察院依法传唤,被告人王怀忠接受杨晓明妻子蔡勤的请托,利用担任安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员的职务便利,安排原阜阳市市长王汉卿等人从中协调,为杨晓明办理了取保候审手续。同年 12 月,杨晓明与蔡勤得知王怀忠在海南旅游的消息后,为感谢王怀忠的帮助,专程赶到海南省兴隆温泉度假村,在王怀忠夫妇住的房间,送给王怀忠人民币 6 万元。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 证人王汉卿的证言:1994 年下半年,飞龙公司副董事长杨晓明因涉嫌偷税犯罪被阜阳市人民检察院立案侦查,其遵照王怀忠的指示,要求阜阳市人民检察院为杨晓明办理了取保候审手续。

2. 阜阳市人民检察院《立案决定书》、《取保候审保证书》证明:1994 年 9 月 26 日,杨晓明因涉嫌偷税犯罪被阜阳市人民检察院立案侦查;1994 年 10 月 30 日,杨晓明被取保候审。

3. 证人杨晓明的证言:大约在1995年初,得知王怀忠夫妇在海南旅游,即与妻子蔡勤带着人民币7、8万元乘飞机到海南,在兴隆温泉度假村王怀忠夫妇居住的房间,其将用信封装着的6万元人民币放在桌子上,并说:"这6万元留着你们路上用。"之所以送钱给王怀忠,一是因其在1994年涉嫌偷税被阜阳市检察院查处,经王怀忠干预为其办理了取保候审;二是其想在阜阳发展,需要得到王怀忠的支持。

4. 证人蔡勤的证言:1994年9月,杨晓明因偷税被检察院叫去,其知道后通过他人请王怀忠给予关照,后杨晓明从检察院回来了。1994年12月,其从飞龙公司驻上海办事处拿7、8万元现金,与杨晓明一起到海南兴隆王怀忠居住的宾馆。在王怀忠夫妇居住的房间,杨晓明把装有6万元人民币的信封放在桌子上。

5. 证人韩桂荣(王怀忠妻子)的证言:1994年冬,其与王怀忠一起到海南旅游,住在兴隆温泉度假村,杨晓明和蔡勤将一个袋子交给王怀忠。蔡、杨走后打开看,内有人民币6万元。

(二)1995年至1997年,被告人王怀忠先后利用担任阜阳地区行政公署专员、阜阳市委书记的职务便利,接受安徽国银阜阳国际工业园开发有限公司(以下简称国银公司)董事长相坤的请托,通过主持召开协调会、向有关部门负责人打招呼等方式,为国银公司在阜阳市开发的国际工业园、银海花园等项目,解决建设用地、减免银海花园二期工程城市建设配套费等。1997年7月底,为表示感谢,相坤邀请王怀忠到澳大利亚参加国银公司的招商活动,在悉尼市王怀忠所住的酒店房间,送给王怀忠1万澳元(折合人民币6.1万元)。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 阜阳地区行政公署办公室《会议纪要》证明:1995年5月至1996年1月,时任阜阳地区行政公署专员的被告人王怀忠亲自担任安徽国银国际工业园领导小组组长,多次主持召开有阜阳行署有关部门负责人参加的协调会,要求有关部门把国银公司在阜阳开发的国际工业园作为阜阳经济发展的重中之重、形象工程和示范项目来对待,提供全方位优质服务。

2. 阜阳地区行政公署《关于批转〈安徽国银阜阳国际工业园领导小组会议纪要〉及〈安徽阜阳国银国际工业园投资优惠政策〉的通知》证明:对于国银公司开发的国际工业园封闭实施优惠政策,即凡在国际工业园投资兴办的中外企业,3年内免征地方税费,返还增值税的地方留成部分;5年内免征土地增值税和城市公用设施配套费等。

3. 证人雅中庆(原阜阳市副市长)的证言:王怀忠在阜阳市委常委会上多次要求给予国银公司提供全方位服务,对国银公司在阜阳的投资要该减的减、该免的免,并要求其在国银公司《关于"银海花园"后续工程减免费的申请报告》上签署减免意见。

4. 国银公司《关于"银海花园"后续工程减免费的申请报告》、阜阳市建委《收费通知书》等书证证明:国银公司开发的银海花园二期工程城市建设配套费等费用按应缴

费用25%的比例收取。

5. 证人相坤的证言：为了开发国际工业园和银海花园，其多次找王怀忠帮忙；王怀忠召开协调会要求各部门对其公司开发的项目大力支持，并对其讲，在阜阳有事就找他。经王怀忠协调，副市长雅中庆签批，为其公司开发的银海花园二期工程减免了几十万元城市建设配套费。1997年7月底，国银公司邀请王怀忠到澳大利亚参加招商活动，在悉尼市王怀忠住的房间，其送给王怀忠1万澳元。

6. 证人魏沪平(国银公司副总经理)的证言：在澳大利亚招商期间，相坤对其讲，要送给王怀忠1万澳元。

7. 证人周建良(阜阳东方达娱乐实业发展有限公司董事长)的证言：王怀忠从澳大利亚回国后，交给其5 000澳元，让其兑换成人民币。

8. 证人韩桂荣的证言：到澳大利亚旅游前，王怀忠给其2 000澳元，说是去澳大利亚时剩下的。王怀忠从未与他人合伙做过生意。

9. 证人朱仲樵(原阜阳市委外事办主任)、李光宇(原阜阳市委副秘书长)的证言：与王怀忠一起到澳大利亚参加招商活动途径上海时，一直与王怀忠在一起，王怀忠没有个人活动时间。

10. 国家外汇管理局山东省分局出具的证明：1997年7月，美元与澳元的比价是1∶0.7475，6 000美元仅能兑换8 026.7559澳元。

11. 证人钟萍(朱四辈妻子)的证言：朱四辈不懂药材，没有做过药材生意，不可能与王怀忠合伙做生意。

12. 被告人王怀忠在庭审中，对于其主持召开协调会、要求有关部门负责人给予国银公司在阜阳的投资以优惠政策的事实，予以供认。

(三) 1997年至2000年，被告人王怀忠应安徽省阜阳汇鑫发展有限公司(以下简称汇鑫公司)负责人姜旭、余永强、王忠等人的请托，利用担任阜阳市委书记的职务便利，通过签批文件、召开协调会等方式，为汇鑫公司在阜阳商贸城、敬贤山庄等项目的开发用地及拆迁、安置方面谋取利益，先后4次非法收受姜旭、余永强、王忠所送的人民币共计40万元。其中，1997年春节前，王怀忠在家中收受姜旭、王忠人民币10万元；1998年春节前，王怀忠在家中收受余永强、姜旭人民币10万元；1998年9月，王怀忠在北京饭店收受余永强、姜旭人民币10万元；2000年春节前，王怀忠在合肥市稻香楼宾馆收受余永强、姜旭人民币10万元。

上述事实，有下列经庭审质证的证据证实：

1. 证人雅中庆、邹中杰(原阜阳市建委主任)、宫传玺(原阜阳市建委副主任)、孙学忠(原阜阳市土地局局长)、张纯思(原阜阳市土地局副局长)、李亚洪(原阜阳市委秘书长)的证言，以及阜阳市人民政府办公室《会议纪要》证明：1997年11月11日和1998年5月2日，王怀忠先后两次主持召开阜阳市有关部门负责人参加的协调会，专

门为汇鑫公司解决阜阳商贸城和敬贤山庄的开发用地、拆迁、安置等问题。

2. 被告人王怀忠的批示:王怀忠在《阜阳敬贤山庄小区规划修改方案》签署"此方案经有关领导听审后一致感到很好,请(邹)中杰、(宫)传玺同志立即审批",同意汇鑫公司将原规划的绿地区域变更为建设用地。

3. 证人姜旭的证言:1997 年春节前,其与王忠到王怀忠家,将用报纸包着、放在一个塑料袋中的人民币 10 万元及一块砚台放在了王怀忠家的沙发上,请王怀忠帮忙过问一下拆迁的事;1998 年春节前,因建阜阳商贸城的拆迁问题一直没有进展,其和余永强到王怀忠家,将用报纸包着、放在一个塑料袋中的人民币 10 万元放在沙发上;1998 年 9 月,为解决敬贤山庄的规划问题,其与余永强在北京饭店王怀忠的房间,将用报纸包着、装在塑料袋中的人民币 10 万元放在了床上;2002 年春节前,王怀忠已升任安徽省副省长,为了感谢王怀忠对其公司的帮助和支持,同时考虑到汇鑫公司在阜阳开发的项目有很多遗留问题还需要通过王怀忠帮忙解决,其与余永强一起到合肥市稻香楼宾馆王怀忠的住处,送给王怀忠人民币 10 万元。

4. 证人余永强、王忠的证言,与姜旭关于先后 4 次给王怀忠行贿共计人民币 40 万元的时间、地点、数额、原因等情节的证言,能够相互印证。

5. 被告人王怀忠在庭审中,对于签批文件、主持召开协调会为汇鑫公司解决阜阳商贸城、敬贤山庄等项目的开发用地及拆迁、安置等事实,予以供认。

(四) 1998 年 10 月至 1999 年上半年,被告人王怀忠接受安徽省阜阳市龙腾实业有限公司(以下简称龙腾公司)董事长马萍、总经理卢强(马萍之夫)的请托,利用担任阜阳市委书记的职务便利,通过签批文件、召开协调会、向有关部门负责人打招呼等方式,为龙腾公司谋取利益,先后四次收受马萍、卢强人民币 110 万元。其中,1998 年 10 月,王怀忠接受马萍、卢强请托,为龙腾公司解决开发建设住宅小区静贤山庄过程中所遇到的拆迁问题,收受马萍、卢强人民币 30 万元;1999 年 1 月,王怀忠接受马萍、卢强请托,要求阜阳市公安机关不追究龙腾大酒店员工砸坏白金汉宫大酒店玻璃橱窗及车辆的责任,事后收受马萍、卢强人民币 40 万元;1999 年 2 月,王怀忠接受马萍、卢强请托,在龙腾公司《关于建设龙腾购物中心的报告》上签署要求阜阳市有关部门给予支持的意见,事后收受马萍、卢强人民币 20 万元;1999 年 5 月,王怀忠接受马萍、卢强请托,给阜阳市颍州区有关领导打招呼,为龙腾公司办理龙腾加油站的土地使用证手续,收受马萍、卢强人民币 20 万元。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 证人孙学忠的证言:1998 年底的一天晚上,王怀忠通知其去马萍、卢强家,同时去的还有颍州区代区长张世友等人,王怀忠要求他们对龙腾公司的房地产开发项目给予支持,抓紧时间解决水泥预制厂的拆迁问题。后其按王怀忠的指示,解决了水泥预制厂的拆迁问题。

2. 证人房卫民(原阜阳市公安局颍州分局局长)的证言、阜阳市公安局颍州分局《关于1999年1月6日白金汉宫与龙腾酒店发生纠纷情况的说明》证明:1999年1月6日,阜阳市公安局颍州分局根据“110”报警电话,对于白金汉宫大酒店与龙腾大酒店发生殴斗、白金汉宫大酒店玻璃橱窗及车辆被砸一事进行调查,龙腾大酒店有关人员已涉嫌犯毁坏公私财物罪。后按照王怀忠的指示,撤回了调查人员,停止调查,对此事未作任何处理。

3. 证人韩希鹏的证言、被告人王怀忠的批示:1999年1月25日,王怀忠在龙腾公司《关于建设龙腾购物中心的报告》签署意见;要求阜阳市颍州区区委书记韩希鹏、代区长王保民等人支持龙腾公司建龙腾购物中心。

4. 证人马萍的证言:(1) 1998年,在龙腾公司开发建设住宅小区静贤山庄过程中,阜阳市水泥预制厂不愿搬迁,其趁王怀忠在其家之际,请王怀忠帮忙。王怀忠当即通知阜阳市土地局局长孙学忠、颍州区区长张世友等人到其家,要求抓紧解决水泥预制厂拆迁问题。在王怀忠的关照下,水泥预制厂很快被拆迁。同年10月,为感谢王怀忠,其与卢强将人民币30万元装入一小纸箱内,送到王怀忠家。(2) 1999年1月,龙腾大酒店与相邻的白金汉宫大酒店发生纠纷,多人参与厮打,导致白金汉宫大酒店员工多人受伤,并将白金汉宫大酒店的玻璃砸碎。公安机关介入后,其担心受到法律追究会影响公司的经营和声誉,遂请王怀忠帮忙。后公安机关未对龙腾大酒店人员进行查处。为感谢王怀忠的帮助,其与卢强于当月中旬一天晚上,将人民币40万元装在塑料袋中,送到王怀忠家,递给韩桂荣。(3) 1998年底,龙腾公司准备在阜阳火车站附近征地建一座大型购物中心,告诉王怀忠后,王怀忠表示支持。1999年2月,其与卢强起草了《关于建设龙腾购物中心的报告》交给王怀忠,王怀忠在该报告上给颍州区区委书记韩希鹏签批了请韩给予支持的意见。为能促成征地建购物中心之事,其与卢强到王怀忠家,将一装有人民币20万元的塑料袋交给韩桂荣。(4) 1998年初,龙腾公司采取先租地后办证的方式,在阜阳市合阜公路旁建了一座龙腾加油站。1999年初,听说石油公司在全国范围内收购加油站,想借此机会把加油站转让给阜阳石油公司,但在办理加油站土地使用证时,有数户村民不同意出让。为了办理土地使用证手续,其与卢强请王怀忠给颍州区有关领导打招呼,王怀忠表示同意。1999年5月,其与卢强到王怀忠家,将一装有人民币20万元的塑料袋交给韩桂荣。4次送钱时,王怀忠和韩桂荣都在家。

5. 证人卢强关于先后四次与马萍共同给王怀忠行贿110万元人民币的原因、时间、地点、数额等情节的证言,与马萍的证言相互印证。

6. 证人韩桂荣的证言:(1) 1998年10月的一天晚上,马萍、卢强拿一纸箱子到其家,说了些“感谢王书记的帮忙”之类的话。马萍、卢强走后,王怀忠把纸箱子放进卧室,经清点,箱子里有人民币30万元。(2) 1999年初的一天晚上,马萍、卢强到其家,

交给其一塑料袋或者是纸箱子,马萍提到白金汉宫的人把她的大酒店给砸了,并对王怀忠说“感谢王书记的帮忙”。马萍、卢强走后,其和王怀忠一起打开包装,经清点,一共有人民币40万元,王怀忠让其收起来。(3)1999年上半年,其和王怀忠在阜阳东方宾馆吃饭时,马萍和卢强对王怀忠讲,他们想在东方宾馆对面的一块空地上建购物中心,请王怀忠帮忙,王怀忠表示同意。过了一段时间的一天晚上,其正和王怀忠在看电视,马萍、卢强到其家,马萍交给其一只装衣服的塑料袋。马萍、卢强走后,其数了一下,塑料袋中有人民币20万元,王怀忠让其收起来。(4)1999年上半年的一天晚上,马萍和卢强提着一只塑料袋到其家,谈到关于加油站的事,并说“感谢王书记的帮忙”。马萍、卢强走后,其数了一下,塑料袋里有人民币20万元。王怀忠看到后,让其收起来。

7. 被告人王怀忠在庭审中,对于为龙腾公司谋取利益的事实,予以供认。

(五)1998年8月至1999年8月,被告人王怀忠利用担任阜阳市委书记的职务便利,先后7次在周伟给阜阳市有关部门和领导的《关于阜阳市古井酒行全权买断东方宾馆的报告》、《关于申请流动资金贷款的报告》等报告上签署意见,支持周伟买断东方宾馆,并为周伟协调解决贷款人民币1 496.3万元,用于装修东方宾馆,先后四次收受周伟人民币50万元。其中,1998年12月,王怀忠在家中收受周伟人民币20万元;1999年4月下旬,王怀忠在家中收受周伟委托徐卫宏转交的人民币10万元;1999年5月,王怀忠在东方宾馆2205房间收受周伟人民币10万元;1999年8月,王怀忠在白金汉宫大酒店6080房间收受周伟人民币10万元。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 阜阳市颍东区国有资产管理局文件、安徽省阜阳古井酒行《关于阜阳市古井酒行全权买断东方宾馆的报告》证明:阜阳市东方宾馆是国有企业,成立于1975年。1997年9月,东方宾馆吸纳职工股改制为有限责任公司。1998年7月2日,周伟向中共颍东区区委、区政府申请买断。

2. 被告人王怀忠的批示:1998年8月15日,王怀忠在周伟给中共颍东区区委、区政府《关于阜阳市古井酒行全权买断东方宾馆的报告》上签批“请(韩)希鹏、(赵)光席同志给予支持”;1998年9月19日,王怀忠在周伟给中国农业银行阜阳分行颍东区支行《关于阜阳市古井酒行申请流动资金贷款的报告》上签批“请戴行长给予支持”;1998年9月19日,王怀忠在周伟给阜阳市领导《关于要求流动资金的报告》上签批“请王刚同志给予支持解决200万元”;1999年5月29日,王怀忠在周伟给阜阳市领导《关于要求流动资金的报告》上签批“请王刚同志给予支持200万元,按规定由颍州区统借统还”;1999年8月7日,王怀忠在周伟给安徽省信托投资公司阜阳办事处《关于申请流动资金贷款的报告》上签批“请王刚同志阅办”;1999年8月30日,王怀忠在周伟给中国农业银行阜阳分行颍东区支行《关于要求流动资金的报告》上签批“请戴万才行长给予支持”。

3. 证人韩希鹏的证言:1998 年 7、8 月,周伟为了买断东方宾馆,带着王怀忠签署了意见的《关于阜阳市古井酒行全权买断东方宾馆的报告》找其签字,因当时王怀忠既管人又管钱,一个人说了算,同时,其知道周伟和王怀忠关系很好,就在报告上签了同意买断的意见。

4. 中国农业银行阜阳市支行《关于安徽阜阳东方宾馆有限责任公司阜阳市古井酒行在我行贷款情况的说明》证明:1998 年 10 月 22 日至 2000 年 2 月 23 日,周伟任法定代表人的阜阳东方宾馆有限责任公司及阜阳市古井酒行先后从该行贷款 15 笔,共计人民币 1 096.3 万元。

5. 安徽省信托投资公司阜阳办事处《关于阜阳市东方宾馆及古井酒行贷款情况说明》证明:经王怀忠批示,周伟任法定代表人的阜阳东方宾馆有限责任公司及阜阳市古井酒行先后从安徽省信托投资公司阜阳办事处贷款 4 笔,共计人民币 400 万元。

6. 证人周伟的证言:其在买断东方宾馆、解决装修东方宾馆所需资金过程中,多次请王怀忠帮忙。为了感谢王怀忠,1998 年 12 月下旬,其与徐卫宏带着人民币 20 万元,一起到王怀忠家,其和王怀忠在客厅说话,徐卫宏将 20 万元交给韩桂荣; 1999 年 4 月下旬,王怀忠夫妇在东方宾馆吃饭,饭后其和徐卫宏送王、韩回家,在王怀忠家门口,其没有下车,在车上等候,让徐卫宏将人民币 10 万元送给王怀忠;1999 年 5 月的一天,韩桂荣在东方宾馆 2205 房间打牌没有回家,王怀忠也去了,其从银行取出人民币 10 万元到 2205 房间,王怀忠开的门,其把装有 10 万元的硬纸手提袋放在桌上;1999 年 8 月,其听说韩桂荣病了,与王怀忠一起住在白金汉宫 6080 房间,便以看望韩桂荣为由,与徐卫宏一起到白金汉宫 6080 房间,将人民币 10 万元交给韩桂荣。

7. 证人徐卫宏的证言:1998 年底,其和周伟到王怀忠家,王怀忠夫妇都在家,其将周伟事先准备好的装有人民币 20 万元的塑料袋交给了韩桂荣,并说了些“感谢王叔帮忙”之类的话,韩桂荣客气了几句把钱收下了;1999 年 4 月下旬,王怀忠夫妇在东方宾馆吃饭后,其和周伟送王怀忠夫妇回家,在王怀忠家门口,周伟没有下车,其随王怀忠夫妇进屋,将周伟事先准备好的人民币 10 万元交给韩桂荣;1999 年 8 月,韩桂荣因腰病住在白金汉宫 6080 房间治疗,其和周伟一起到 6080 房间,把装有人民币 10 万元的塑料袋放在床头柜上,当时王怀忠也在场。

8. 证人韩桂荣的证言:1999 年春节前,周伟和徐卫宏来其家,周伟陪王怀忠在客厅说话,徐卫宏进其卧室从背包里拿出人民币 20 万元,让其收下,并对其讲了感谢王怀忠的话,周、徐走后,其对王怀忠讲周伟送来了 20 万元,王怀忠让其将钱收起来;1999 年春季,其和王怀忠在东方宾馆吃饭,饭后周伟和徐卫宏送他们回家,徐卫宏随其进屋,从挎包里拿出人民币 10 万元,说感谢王怀忠为周伟贷款,周、徐走后,其对王怀忠讲周伟又送来了 10 万元,王怀忠让其将钱收起来;1999 年 5 月的一天,因玩牌太晚,住在东方宾馆 2205 房间,王怀忠也去了,次日上午周伟来到房间把一个纸袋放在桌子上,

周伟走后,其和王怀忠打开纸袋,里面装有人民币 10 万元,王怀忠让其将钱收起来;1999 年 8 月,其因腰椎有病和王怀忠住在白金汉宫 6080 房间,周伟、徐卫宏来其房间,将装有人民币 10 万元的塑料袋放在床上,周、徐走后,王怀忠把钱放在一个大旅行包里了。

9. 被告人王怀忠在庭审中,对于帮助周伟买断东方宾馆和协调贷款的事实,予以供认。

(六) 1997 年 4 月至 1999 年 8 月,被告人王怀忠利用担任阜阳市委书记的职务便利,接受安徽省天力房地产开发有限公司(以下简称天力公司)董事长王新华的请托,主持召开阜阳市有关部门负责人参加的"关于汽运大厦开发建设有关事宜的协调会",要求对天力公司开发的汽运大厦的汽运税收、城市建设配套费和土地出让金等予以减免。1999 年 1 月,王怀忠在合肥市开会期间,打电话让王新华到其住处后,将人民币 10 万元交王新华保管。为感谢王怀忠并希望以后继续得到王怀忠的关照,1999 年 8 月,王新华将人民币 10 万元,连同王怀忠交其保管的 10 万元,以王怀忠女儿"王莉"的名义存入合肥市三孝口邮政储蓄所,并将 20 万元的存单在合肥稻香楼宾馆交给王怀忠。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 证人雅中庆、孙学忠、苏文辉(阜阳市地税局局长)的证言:1997 年 4 月,王怀忠、雅中庆主持召开了阜阳市有关部门参加的"关于汽运大厦开发建设有关事宜的协调会",王怀忠在会议上要求对汽运大厦的汽运税收、城市建设配套费和土地出让金等予以减免。

2. 阜阳市政府办公室《会议纪要》证明:1997 年 4 月 14 日,王怀忠、雅中庆主持召开了阜阳市有关部门负责人参加的关于天力公司汽运大厦开发建设有关事宜的协调会,决定免收汽运大厦土地出让金及开发建设有关税费,其中城市建设配套费由城建部门按原收费标准的 20% 收取。

3. 国土资源部和安徽省政府联合调查组关于《阜阳天力房地产开发有限公司汽运大厦项目用地问题审查处理意见》证明:经王怀忠擅自决定为天力公司开发的汽运大厦减免土地出让金人民币 209.4 万元。

4. 证人王新华的证言:1999 年 1 月,王怀忠在合肥开会期间,打电话让其去王怀忠所住的八一宾馆。王怀忠从房间的床头柜、手提包、大衣柜等处拿出人民币 10 万元交给其保管。1999 年 8 月,其听说王怀忠将升任安徽省副省长,为了感谢王怀忠以前对其开发房地产的支持,并希望今后继续得到王怀忠的关照,将王怀忠交其保管的 10 万元,连同自己的 10 万元,以王怀忠女儿"王莉"的名义存入合肥市三孝口邮政储蓄所,于 8 月 7 日早上到合肥市王怀忠所住的稻香楼宾馆,将 20 万元人民币存单交给王怀忠。

5.《中国人民邮政定活两便储蓄存单》证明:1999 年 8 月 6 日,户名为"王莉"的人

在合肥市三孝口邮政储蓄所存款人民币20万元。

6. 被告人王怀忠在庭审中,对于主持召开协调会,要求有关部门对汽运大厦的汽运税收、城市建设配套费和土地出让金等予以减免,以及1999年8月7日收到王新华20万元人民币邮政储蓄存单的事实,予以供认。

(七)1996年下半年至1999年1月,被告人王怀忠利用担任阜阳市委书记的职务便利,接受阜阳市白金汉宫大酒店有限公司(以下简称白金汉宫)董事长刘士强的请托,主持召开协调会,解决白金汉宫大酒店二期工程扩建过程中遇到的拆迁问题,并先后两次要求安徽省信托投资公司阜阳办事处为白金汉宫大酒店解决建设资金共计人民币320万元。为表示感谢,刘士强与白金汉宫大酒店副总经理刘路于1999年8月,在白金汉宫大酒店6080房间,送给王怀忠人民币20万元。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 证人王峰(阜阳市颍泉区区委书记)的证言:1996年底或者1997年初,王怀忠主持召开阜阳市有关部门负责人参加的白金汉宫大酒店二期工程拆迁协调会,主要解决白金汉宫大酒店二期工程中有关政法宿舍楼的搬迁问题。

2. 被告人王怀忠的批示:1998年9月18日,王怀忠在白金汉宫《关于请求解决临时周转金的报告》上签批"请王刚同志给予支持解决";1999年1月23日,王怀忠在白金汉宫《关于要求解决财政周转金的报告》上签批"请朱局长、王刚同志解决支持100万元、由区政府统还"。

3. 证人王刚(安徽省信托投资公司阜阳办事处主任)的证言、《流动资金借款合同书》和安徽省信托投资公司阜阳市办事处出具的《贷款情况说明》证明:1998年9月至1999年2月,安徽省信托投资公司阜阳办事处遵照王怀忠的批示,共向白金汉宫发放贷款人民币320万元。

4. 证人刘士强的证言:1999年1月,白金汉宫大酒店二期工程拆迁受阻,王怀忠亲自出面协调且力度很大,顺利完成了拆迁工作。后又经王怀忠帮忙,为扩建白金汉宫大酒店解决了300多万元资金。1999年8月,为感谢王怀忠,其与刘路(刘士强之兄)借韩桂荣因病住白金汉宫大酒店6080房间治疗、王怀忠也在此居住的机会,以看望韩桂荣为由,送给王怀忠人民币20万元。

5. 证人刘路的证言:1999年8月,刘士强让其一起到6080房间看望韩桂荣,王怀忠开的门。刘士强进去后,将一个酒店用的白色袋子放在了柜子上。后来刘士强对其讲,那天送给王怀忠的是人民币20万元。

6. 证人韩桂荣的证言:1999年下半年,其因腰疼住在白金汉宫大酒店6080房间治疗。一天晚上,刘士强、刘路到其房间,王怀忠开的门。刘士强进来后,把白金汉宫大酒店用的一个袋子放在桌子上,并说"大姐你病了住在我这里,我们来给你送点钱表示下心意"。刘士强、刘路走后,其与王怀忠打开袋子数了数,里面有人民币20万元,王

怀忠将钱放到旅行包里。

7. 被告人王怀忠在庭审中,对于其主持召开协调会、签署意见为白金汉宫大酒店解决扩建过程中遇到的拆迁和资金问题的事实,予以供认。

(八) 1996年2月至1998年11月,被告人王怀忠利用担任阜阳市委书记的职务便利,接受阜阳市绿洲房地产开发有限责任公司(以下简称绿洲公司)负责人倪超的请托,通过召开协调会、签批文件等方式,为绿洲公司开发的"阜阳名优商贸中心"减免土地出让金人民币1435.03万元,为绿洲公司开发建设的绿洲大厦减免城市建设配套费等费用57.87万元。2000年5月,王怀忠在天津市开会期间,索要倪超人民币5万元。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 被告人王怀忠的批示:1996年12月17日,王怀忠在绿洲公司给阜阳市委、市政府关于减免城市建设配套费的申请书上签批"请邹中杰同志按有关规定给优惠支持开发";1998年7月30日,王怀忠在绿洲公司给阜阳市计委《关于兴建"名优商贸中心"的立项报告》上签批"请(张)雪亚书记、雅(中庆)市长给予支持"。

2. 阜阳市人民政府办公室《会议纪要》证明:1998年11月28日,王怀忠主持召开了阜阳市有关部门负责人参加的阜阳名优商贸中心开发建设协调会,决定对于"应交的土地出让金和城市建设配套费由开发单位用于修东至颍州区北路西至清颍公园南门的清颖路段以及开发建设区内的其他道路,道路建设按城市规划设计标准,水泥路面,供排水等基础设施配套齐全,水电增容及其他有关费用予以优惠。"

3. 绿洲房地产创业公司申请减免城建配套费的报告、阜阳市建委《收费通知书》证明:经王怀忠、邹中杰批示,为绿洲公司开发的绿洲大厦减免城市建设配套费等费用57.87万元。

4. 阜阳市国土资源局《关于倪超开发几宗地土地出让金收缴情况》证明:1999年2月3日,绿洲公司与阜阳市土地局签订了土地出让合同,面积14071平方米;土地出让金总额应为人民币1435.03万元。阜阳市土地局按照王怀忠的指示,没有收取土地出让金。

5. 证人倪超的证言:2000年5月,王怀忠打电话让其带人民币5.6万元到天津,其就带着胡萍一起到天津王怀忠所住的宾馆,将5万元交给了王怀忠。其从来没有找王怀忠借钱,没有必要、也不可能找王怀忠借钱。

6. 证人胡萍(倪超女友)的证言:2000年5月初,其与倪超去北京,在从阜阳到北京的火车上,倪超收到王怀忠要倪超到天津的电话。在北京下火车后,乘出租车到了天津,倪超带其去王怀忠住的宾馆,见到了王怀忠。

7. 被告人王怀忠在庭审中,对于为绿洲公司谋取利益以及倪超在天津给其人民币5万元的事实,予以供认。

(九) 1996年7月至1999年,被告人王怀忠利用担任阜阳市市委书记的职务便

利，接受安徽省阜阳国贸商城有限公司（以下简称国贸公司）、安徽国立房地产开发有限公司（以下简国立公司）和安徽亚杰国贸集团股份有限公司（以下简称亚杰公司）法定代表人李洲的请托，通过签批文件、召开现场办公协调会等方式，为国贸公司和国立公司减免城市建设配套费、规费、垃圾清理费等费用人民币149.448万元，为亚杰公司减免固定资产投资调节税人民币438万元。2000年11月底，时任安徽省副省长的被告人王怀忠得知有关部门正在对其经济犯罪进行调查，经上阳市阳光产业有限公司总经理张爱云介绍，认识了侯万清（化名“陈思宇”，因犯诈骗罪被判刑），要求侯万清找关系阻止有关部门对其进行的调查，侯万清要求王怀忠提供人民币200万元作为活动经费。同年12月，王怀忠要求李洲为其提供200万元。李洲让亚杰公司总经理助理杨应宇将200万元带到合肥交给王怀忠。王怀忠收到200万元后，安排杨应宇将其中的120万元交给张爱云，再由张爱云转交给侯万清，另80万元由杨应宇代为保管。事后，王怀忠为掩盖真相，应付调查，要求张爱云和杨应宇写一份用上述款项合伙做生意的虚假协议，遭到杨应宇的拒绝。12月13日，在李洲被“双规”后，亚杰公司副总经理白涛为应时查账，让杨应宇写了一张落款时间写为12月8日、杨应宇个人借款200万元的假借条。

上述事实，有下列经庭审质证的证据证实：

1. 国立公司、国贸公司和亚杰公司的《企业法人营业执照》证明：三公司的法定代表人均为李洲，住所均在安徽省阜阳市。

2. 国贸公司《关于申请减免城市建设配套费的报告》、国立公司《关于申请减免城市建设配套费的报告》证明：1997年7月16日，国贸公司和国立公司分别向阜阳市建委申请减免城市建设配套费、规费、垃圾清理费等费用。王怀忠于当日在两份申请报告上均签批“请邹中杰同志阅处”。阜阳市建委主任邹中杰于1997年8月14日在国贸公司的申请报告上签批“同意按王书记安排的意见办，收档案押金”，在国立公司的申请报告上签批“同意按王书记现场办公协调意见免收”。

3. 阜阳市建设委员会《关于国贸大厦二期扩建、仓储及宿舍楼报建项目缴费情况的说明》、《缴款收据》证明：1997年7月，根据王怀忠的批示及现场办公协调意见，阜阳市建设委员会对于国贸公司和国立公司申请减免的国贸大厦二期扩建、仓储及宿舍楼报建项目城市配套费等有关费用，只收取档案押金人民币19.62万元，减免人民币149.448万元。

4. 亚杰公司《关于申请缓交投资方向调节税的报告》、阜阳市颍泉区财政局《关于阜阳亚杰国贸集团公司1999年征缴固定资产投资方向调节税情况的说明》证明：1999年7月20日，亚杰公司向中共颍泉区委、区政府申请缓交投资方向调节税约450万元。颍泉区委书记邹新华在亚杰公司的申请报告上签批“经王（怀忠）书记协调，按减半入库（220万），即征即返予以支持208万元。建筑营业税45万元，八月入库”。颍泉区财

政局在1999年7月30日收到亚杰公司缴纳的220万元固定资产投资方向调节税后，即拨208万元给国贸公司，作为支持发展资金。

5. 证人李洲的证言：王怀忠在担任阜阳市市委书记期间，曾帮其公司减免国贸商城仓储配送中心、宿舍楼和二期工程城市建设配套费、减交固定资产投资方向调节税等。2000年12月4日，接到王怀忠的电话，让其第二天到合肥。5日，其与助手杨应宇一起到合肥，住在中国科大招待所。晚上10时左右，王怀忠到其房间，其向王介绍了杨应宇。王怀忠讲，中纪委的人正在阜阳查他，需要到北京活动，并要求杨应宇陪同去北京，7日下午，杨应宇来电话称，王怀忠要其准备200万元，必须准备好，没有商量的余地。因其公司是在王怀忠的扶植下才发展起来的，只好答应了，并让公司副总经理白涛准备。12月9日下午，王怀忠又让其赶到合肥，住到中国科大招待所。晚上10时左右，王怀忠到中国科大招待所对其讲，在北京活动的人需要200万元才给办事，本来准备向倪超、丁佩琦要些钱，但这些能给钱的老板已被"双规"了，现在只能找其要。当其提出只能准备150万元时，怀忠说，必须拿出200万元，否则人家不仅不帮忙，还要帮倒忙、捣蛋，其只好答应给200万元。王怀忠提出让杨应宇回阜阳拿钱。10日，杨应宇从合肥回阜阳找白涛取走了200万元。后来，杨应宇对其讲，200万送到百花宾馆交给北京来的人了。

6. 证人杨应宇的证言：2000年12月7日，其陪王怀忠到北京，住在安徽大厦。当日下午，王怀忠让其给李洲打电话，要李洲准备200万元，有急用。9日早上7点多，其和王怀忠回到合肥，王怀忠让李洲也到合肥。在中国科大招待所，王怀忠问李洲200万元准备得怎么样了。当李洲说年底资金紧张，只凑了150万元时，王怀忠急了，说要给200万元才能办事，否则不帮忙是小事，担心帮倒忙，要求李洲必须拿出200万元。李洲答应后，王怀忠让其第二天回阜阳取钱。10日，其到阜阳国贸商城白涛处取了200万元。当日下午，其按照王怀忠的安排把200万元拿到其在合肥的住处。其与王怀忠一起清点后，王怀忠安排其于当天晚上把120万元送到百花宾馆10楼，交给北京来的一个女人。那个女人在收钱后，给王怀忠打电话说，120万元收到了。王怀忠让其暂时保管另外80万元，并说还得给办事人。后来，王怀忠让其去百花宾馆与收120万元的那个女人写一个做药材生意的协议，其没有同意。12月13日，李洲被"双规"后，白涛让其临时补个借条。

7. 证人白涛(亚杰公司副总经理)的证言：2000年12月8日上午，李洲对其讲，王怀忠要其出200万元"摆平"有关部门的调查，因王怀忠以前帮过忙不好推辞，让其将款筹齐。其回到公司后，让财务部从各处凑齐了200万元，放在保险柜内。12月10日中午1点多，杨应宇将200万元取走。李洲被"双规"后，其让杨应宇打了个假借条，用于应付查账。

8. 证人张爱云的证言：2000年10月底，其在北京认识了自称是台湾商人、与一些

中央领导人子女有关系的陈思宇。陈思宇听说其是安徽阜阳人后，问其是否熟悉王怀忠，并说中纪委在调查王怀忠，让其打电话问王怀忠是否知道。经电话与王怀忠联系，王怀忠要求与陈思宇见面。2000 年 11 月，经其介绍，王怀忠在北京国际饭店与陈思宇见面，两人单独交谈。晚上吃饭时陈思宇说，"王省长你安心回去上班，你托的事我一定办好。"王怀忠不停地说着谢谢之类的话。后来，陈思宇给其打电话，要其告诉王怀忠抓紧准备钱，需要 200 万元。大约在 2000 年 12 月 10 日，王怀忠要其到合肥百花宾馆，大约晚上 7、8 点钟，一个自称是王怀忠本家弟弟的人交给其 120 万元。当面清点后，其在电话中对王怀忠说，120 万元收到了。其按照王怀忠的安排将 120 万元连同自己的 10 万元送到北京交给了陈思宇。大约 12 月 15 日，王怀忠打电话让其再次到合肥百花宾馆，与送钱的那个人办个手续。因那人不愿意，没办成。

9. 证人侯万清的证言：1999 年，其使用化名"陈思宇"，与张爱云相识。闲谈时，张爱云说她认识安徽省副省长王怀忠。后又听孙德文（诈骗犯，已判刑）说，中纪委正在调查王怀忠的问题，其将此事告诉了张爱云，经张爱云介绍认识了王怀忠。2000 年 11 月，王怀忠到北京国际饭店与其单独交谈，要求其办四件事：一是把告王怀忠的材料撤下来；二是尽快把肖作新判了；三是把现任的阜阳市委书记和公安局长调走；四是将王怀忠调到其他地方。这次，王怀忠送给其人民币 10 万元、美元 1 万元。其将人民币 10 万元交给了孙德文，并将王怀忠的要求对孙德文说了。孙德文提出，每办一件事，要王怀忠拿 100 万元。后来，孙德文拿来一封关于王怀忠有关问题的"举报信"和一张载有肖作新被判刑的报纸，其将"举报信"和报纸给张爱云看了后，对张爱云说，已经办了两件事，要收 200 万元。张爱云看了"举报信"和报纸后，当场给王怀忠打电话，并说要回安徽拿钱。过了几天，张爱云送来了 130 万元，其将 130 万元交给孙德文，孙给了其 10 万元。

10. 证人孙德文的证言：大约在 2000 年 11 月中旬，听说王怀忠是个贪官，中纪委正在查处王怀忠，后又听侯万清讲，王怀忠愿意出钱办四件事：一是把举报信撤下来，二是尽快处理肖作新，三是将当时阜阳市委书记调离阜阳，四是将王怀忠调离安徽。2000 年 12 月上旬，侯万清交给其 10 万元，说是王怀忠送来的前期活动费用。过了几天，其在北京晚报上，看到肖作新被判无期徒刑，便想：这是天上掉下的金娃娃，没找任何人，肖作新一事已摆平了，可以赚一大笔钱了。于是，其在他人伪造的一封关于王怀忠包情妇、卖官、贪污受贿等几大问题的"举报信"上用红笔划了几条横线，交给侯万清。后来，侯万清先后交给其 130 万元，说是王怀忠送的，其给了侯万清 10 万元。

11. 江苏省镇江市中级人民法院刑事判决证明：2002 年 2 月 9 日，侯万清、孙德文因向王怀忠等人骗取钱财，被以诈骗罪判处无期徒刑。

（十）2000 年 12 月，被告人王怀忠利用担任安徽省副省长的职务便利，以急需用钱为由，先后两次向安徽牛王皮业服饰（集团）公司董事长王静索取人民币共计 20

万元。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 证人王静的证言:2000年12月初,王怀忠来电话说:“我最近需要用钱,给我送几十万来”。王怀忠是分管农业的副省长,其公司正与上海梅林正广和有限公司洽谈在安徽亳州合作建农业基地,需要王怀忠的支持,只好答应了。由于当时资金紧张,就借了人民币9万元,让其丈夫牛智军送到合肥交给王怀忠。之后,王怀忠再次来电话说:“王静,你这么难吗?连20万元都拿不出来?”便又借了8万元,连同自己手中的3万元,亲自送到合肥交给王怀忠。

2. 证人牛智军的证言:2000年12月6日上午,王静让其将人民币9万元送到合肥交给王怀忠,其在合肥外经贸委宾馆,将9万元交给了王怀忠。后听王静说,王怀忠又要了人民币11万元。

3. 证人吕永杰(上海梅林正广和有限公司董事长)、吴贞堂(亳州市副市长)的证言、上海梅林正广和公司与安徽亳州市政府《关于进行经贸合作和建设农业基地的会谈纪要》证明:2000年,上海梅林正广和公司计划在安徽建立一个农产品加工基地,并于12月初派人到王静的公司进行过考察。

4. 被告人王怀忠在庭审中,对于先后两次收到王静人民币20万元的事实,予以供认。

(十一)2001年2月,被告人王怀忠利用担任安徽省副省长的职务便利,以急需用钱为由,向安徽云鹏置业有限公司负责人邓双梅、于旦生夫妇索要人民币50万元,并安排于旦生将30万元送到北京,交给北京新世纪四环投资有限公司副经理余永强,20万元交给个体户苏辉满,用于疏通关系,阻止有关部门对其经济犯罪的查处。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1. 证人于旦生的证言:2001年2月中旬的一天晚上,其和邓双梅请王怀忠吃饭后,王怀忠要其准备50万元,有急用,并让其将30万元送到北京。第二天上午,其坐飞机到北京,住在北京万寿宾馆,按照王怀忠提供的电话号码与收钱人取得联系后,将30万元交给了一个“于”姓的男子(即余永强)。2001年3月15日,王怀忠打电话让其再将20万元送到合肥东怡宾馆。17日上午,其按照王怀忠所说的时间和地点,将20万元送到东怡宾馆门口交给了一个戴眼镜的50多岁男子。之所以答应王怀忠的要求,是因为王怀忠是分管农业的副省长,邓双梅正与人合作筹建常青镇农业高科技园项目,需要王怀忠出面协调。

2. 证人邓双梅的证言:2001年2月中旬,其和于旦生请王怀忠吃饭时,王问,家中谁当家,其说是于旦生当家。饭后,王怀忠到其家;要求单独与于旦生谈谈。送走王怀忠后,于旦生对其讲,王怀忠要50万元,有急用。因王怀忠是分管农业的副省长,其公司正与人合作筹建常青镇农业高科技园项目,有许多事情需要王怀忠出面协调,经和

于旦生商量,答应了王怀忠的要求。后来王怀忠安排于旦生坐飞机带着30万元去北京替王怀忠送给了一个人。于旦生从北京回来不久,王怀忠让于旦生再凑20万元送到东怡宾馆去。王怀忠安排送钱之后,没有退还,也没有表示过要退还。

3. 证人余永强的证言:2001年春节前,王怀忠托其在北京找人让有关部门停止对王怀忠问题的调查,并说要为其提供一部分活动费用。2001年2月,王怀忠派一个40多岁的于姓男子来北京,在万寿宾馆,交给其人民币30万元。

4. 检察机关的辨认笔录证明:经于旦生辨认,在合肥东怡宾馆收到20万元的人是苏辉满。

5. 证人安烈(合肥市郊区原区委书记)、陈祖善(合肥市政府副秘书长)的证言:2001年2月,王怀忠主持召开了有安烈、陈祖善、邓双梅等人参加的协调会,要求有关部门安排邓双梅等人去东莞考察有关农业园的情况。

6. 被告人王怀忠在庭审中,对于要求邓双梅、于旦生为其准备50万元,并安排于旦生将30万元交给余永强、20万元交给苏辉满的事实,予以供认。

二、巨额财产来源不明的事实

案发后,侦查机关依法扣押、冻结了被告人王怀忠夫妇的人民币、外币、存单、借据(债权)及金银首饰、玉器、高级手表等款物,共计折合人民币711.480443万元,从侯万清、孙德文、余永强、杨应宇处追回赃款共计人民币230万元。王怀忠夫妇生活消费支出和其他开支共计折合人民币144.306784万元。王怀忠共有价值人民币1 085.787227万元的财产,除受贿犯罪所得人民币517.1万元和合法收入计人民币88.106124万元外,王怀忠对价值人民币480.581103万元的财产不能说明合法来源。

上述事实,有下列经庭审质证的证据证实:

1.《暂予扣留、封存物品登记表》、《"407"专案赃款赃物追缴情况的报告》和《赃款赃物扣押移送清单》等证据证明:侦查机关先后从王怀忠家中、韩影、韩敏、管凤霞、朱传美、周建良等处扣押了王怀忠夫妇的人民币406.367843万元(含存折、信用卡内资金),外币(包括港币、美元、澳元)折合人民币29.63万元,借据(债权)人民币234.3万元,以及162件金银首饰、高级手表、字画和工艺品等物品;从侯万清、孙德文、余永强、杨应宇等处追回赃款共计人民币230万元。

2. 国家发展计划委员会价格认证中心出具的鉴定结论证明:162件金银首饰、手表、字画、工艺品等物品,共计价值人民币41.1826万元。

3. 安徽省价格认证中心、阜阳市价格认证中心出具的鉴定结论,亳州市、阜阳市、合肥市城市社会经济调查队出具的"城市居民人均消费性支出报表资料",安徽大学1996年本(专)科学生收费登记表等证据证明:1985年1月至2002年12月,王怀忠夫妇所有的房产、家具、家庭日常生活支出以及王怀忠女儿王莉上大学、出国留学的学费等开支共计144.306784万元。

4. 证人韩桂荣的证言:其和王怀忠每月正常的工资、补助收入合起来有人民币3000多元。家庭经济来源中除正常的工资收入外,另一个来源就是别人送给其和王怀忠的。其和王怀忠收到钱后,王怀忠带走一部分,另外的钱其安排管凤霞、韩敏、韩影等人替其存起来了。其和王怀忠结婚三十多年,为了生活琐事有过争吵,但感情一直还可以。一天,王怀忠写了一份"离婚协议书",让其签字,其认为王怀忠是闹着玩,没有看协议书上的内容就签字。第二天早上,其还没有起床,王怀忠拿着一套没有贴照片的"离婚证"对其说:"办好了,给你。"其很吃惊,就问:"你怎么办得这么快,这个有效吗?"王怀忠说"有效,你贴上照片就算有效了。"其问谁给办的,王怀忠说是阜阳的房卫民给办的,便找来房卫民,将"离婚证"交给房卫民,并要回协议书,将协议书给撕了。

5. 证人韩敏(韩桂荣的妹妹)的证言:受韩桂荣委托,共为韩桂荣保管了人民币100多万元。

6. 证人韩影(韩桂荣的妹妹)证言证明:1996年以来,韩桂荣共让其保管了70多万元人民币的存折和国债凭证。

7. 证人管凤霞(原亳州市谯城区国有资产管理局副局长)的证言;1995年到1999年,韩桂荣先后让其保管了人民币240万元和一个密码箱,由其经手借给赵大安、李军等人200多万元,利息都交给了韩桂荣。

8. 证人朱传美(韩桂荣朋友)的证言:大约在1999年秋天,韩桂荣去澳大利亚旅游之前在深圳交给其人民币25万元,让其代为保管。

9. 证人周建良、蔡侠(二人系夫妻)的证言:2001年春节前,韩桂荣到其家,将1只手提包交蔡侠保管,内有现金和存单、信用卡等物。2001年3月,周建良到王怀忠在省政府的宿舍,王怀忠将一些现金、9只手表及洋酒等物交周建良保管。

10. 证人陈少荣(阜阳金鼎美食城经理)的证言:1997年底,王怀忠将20万元人民币及1万美元交其保管。

11. 证人韩寅生、杨咏梅(二人系夫妻)的证言:1998年,王怀忠先后两次将6000美元、2万港币、1块劳力士手表交其保管。

12. 被告人王怀忠(1967年至2002年)及其妻子韩桂荣 (1970年至2002年)自参加工作以来所在工作单位出具的材料证明:截止到2002年12月底,王怀忠夫妇的工资、奖金、过节费、出差补助、生活补贴等收入共计人民币28.102447万元。

13. 证人韩桂荣、管凤霞等人的证言:韩桂荣继承的遗产共计人民币30.936013万元,王怀忠夫妇的放贷孳息、存款利息等收入共计人民币29.067664万元。

14. 证人房卫民的证言:2000年上半年,在王怀忠办公室,王怀忠让其和王金海为王怀忠和韩桂荣办理离婚证,并将一张"离婚协议书"递给王金海。回阜阳后不久,王金海交给其两本"离婚证",其连夜赶往合肥,将"离婚证"交给了王怀忠。过了一星期

左右,其按照韩桂荣的要求去王怀忠家,韩桂荣拿着两本“离婚证”对其说“怎么办的怎么退回去”,并要收回“离婚协议书”。后其将两本“离婚证”给了王金海,从王金海处要回“离婚协议”原件交给韩桂荣。

15. 证人王金海(阜阳市颍州区区委副书记)的证言:2000 年 3 月,其与房卫民一起到王怀忠的办公室,王怀忠交给其一份“离婚协议书”,要其为王怀忠和韩桂荣办个离婚证。大约是第二天晚上,其要求颍州区文峰办事处民政办公室工作人员张玉梅带着办理离婚的手续到白金汉宫大酒店,给张玉梅看了王怀忠和韩桂荣的“离婚协议书”后,让张玉梅办理离婚证。张玉梅说,离婚双方必须都到场申请、签字,而且必须把原结婚证退回来,等等,有些犹豫。其考虑到是王怀忠交办的事,就写了一份由其承担全部责任的承诺书,交给张玉梅。张玉梅收起承诺书后,交给其两本空白离婚证,其填写了内容,当晚便把“离婚证”交给房卫民,由房卫民连夜送到合肥交给王怀忠。其没有将“离婚协议书”给张玉梅。两三天后的一个晚上,房卫民又将“离婚证”退回来,说韩桂荣反悔不离了,并向其要“离婚协议书”。其把“离婚证”收了起来,将“离婚协议书”交给了房卫民。

16. 证人张玉梅的证言:2000 年 3 月中旬的一天晚上,王金海让其带着办理离婚的全套手续到白金汉宫大酒店后,拿出一份离婚协议书,要其为王怀忠和韩桂荣办理离婚。其提出,办离婚必须有双方当事人到场,本人填写申请表,并且按手印,还要有双方的离婚协议书、身份证、户口簿复印件、结婚证双方单位或者居委会的证明信等。王金海就给其写了一份书面承诺,内容是“王怀忠离婚一事委托我办理,一切责任由我承担”。于是,其将两本空白离婚证交给王金海,王金海自己填写了内容。因为离婚不合法,其没有要“离婚协议书”,也没有建立王怀忠的离婚档案。

17. 阜阳市颍州区文峰街道办事处出具的证明材料:文峰办事处民政办公室所存 2000 年度离婚档案共 41 份,无王怀忠、韩桂荣离婚档案。

18. 王怀忠、韩桂荣的“离婚证”证明:两本“离婚证”上盖有“阜阳市颍州区人民政府”和“阜阳市颍州区文峰街道办事处婚姻登记专用章”,发证日期是 2000 年 3 月 16 日,离婚人“王怀忠”出生日期为 1946 年 10 月 28 日、“韩桂荣”的出生日期为 1948 年 8 月 12 日。

19. 阜阳市公安局清河路派出所出具的《户籍证明》、王怀忠的《居民身份证》证明:王怀忠出生于 1946 年 8 月 1 日,韩桂荣出生于 1948 年 8 月 28 日。

20. 被告人王怀忠在庭审中供认:其与韩桂荣“离婚”后仍与韩桂荣在一起生活,“离婚证”是无效的。

综上,被告人王怀忠利用职务上的便利,为他人谋取利益,先后索取、非法收受他人财物共计人民币 517.1 万元,并对价值人民币 480.581103 万元的财产不能说明合法来源。

对于被告人王怀忠及其辩护人关于王怀忠召开协调会为有关单位和个人协调贷款、减免税费、解决工程建设过程中遇到的问题均是依照国家政策、安徽省和阜阳市的有关文件规定进行的,并且是经过集体研究决定的,客观上是为了发展阜阳的经济的辩解和辩护意见,经查:在起诉书指控的每起受贿事实中,王怀忠均接受了行贿人的请托,利用职务便利通过签批文件、主持召开协调会或者向有关部门负责人打招呼的方式为有关单位和个人谋取了利益,王怀忠在庭审中亦对此作了供述。王怀忠的行为符合刑法第三百八十五条第一款关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益的受贿罪定罪条件的规定。王怀忠为有关单位、个人谋取的利益是否符合有关文件规定,是否经过了集体研究决定的形式,不影响王怀忠行为的性质。被告人王怀忠的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于两个人一起送钱其不会收,起诉书指控其于"三讲"、晋升职务考察及肖作新被查处期间收钱不符合常理,其没有受贿的动机和目的的辩解,经查:法庭审理质证的相关证据证明了王怀忠于上述期间收受贿赂的事实确凿无疑。被告人王怀忠的辩解不能成立,本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于证人证言都是虚假的,不可采信的辩解及其辩护人关于侦查人员询问证人违反了法律的强制性规定,由于取证地点不合法,不能排除证人提供证言时说了假话,证人证言之间在证实王怀忠受贿的具体时间、地点等细节方面不一致,这些矛盾点没有合理排除前,不能认定王怀忠构成受贿罪的辩护意见,经查:本案侦查机关是最高人民检察院,而本案大部分证人居住或者工作在安徽,侦查机关通知证人到侦查人员在外地办案居住的宾馆或者招待所进行,是工作需要,没有证据证明有关证人因为取证地点的原因而作了虚假陈述;证人证言是证人对已经过去的事实通过记忆作出的陈述,证言之间在细节问题上存在不一致有客观性和合理性,言词证据之间在细节上完全一致反而没有客观性和合理性,本案证人证言之间在细节上的不一致程度在合理范围之内,这种不一致的存在不影响对有关证言的采信。被告人王怀忠的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立,本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于其在澳大利亚考察期间所使用的澳元是到澳大利亚前在上海用6 000 美元兑换的,美元是在亳州任职期间与朱四辈合伙做生意赚的,没有收受相坤1万澳元的辩解,经查:法庭审理质证的相关证据证明,王怀忠收受了相坤1万澳元,王怀忠不可能通过与朱四辈合伙做生意获得收益,在去澳大利亚前也没有时间去兑换澳币。被告人王怀忠的辩解理由不能成立,本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于王新华交给其20万元人民币的存单,是其委托王新华保管的,不是受贿的辩解,经查:王怀忠在被侦查人员第一次询问时主动交待收受王新华20万元的存单,经侦查人员与王新华核实,王新华提出其中的10万元是王怀忠托王新华保管的,仅送给王怀忠10万元。侦查人员再次询问王怀忠时,王怀忠供认,其中的

10 万元是其交王新华保管的，承认收受王新华 20 万元的目的是看侦查人员是否实事求是办案，把事实查清。根据该起受贿事实的案发、查证经过和经庭审质证的证据，足以认定王怀忠收受王新华 10 万元。被告人王怀忠的辩解理由不能成立，本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于其在天津开会期间向倪超要人民币 5 万元，属于倪超的还款，不是索贿的辩解，经查：倪超证实，其从来没有找王怀忠借钱，没有必要、也不可能找王怀忠借钱。同时，根据人民币与美元的比价，借 5 000 美元不需要归还 5 万元人民币。被告人王怀忠的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于其没有向李洲索要人民币 200 万元，200 万元是杨应宇向亚杰公司借的，有杨应宇亲笔书写的借条为证，且该款被杨应宇使用的辩解，经查：王怀忠为阻止有关部门对其经济犯罪的查处向李洲索要了人民币 200 万元，杨应宇就 200 万元写的借条是李洲所在单位为应付查账要求杨应宇打的假借条。被告人王怀忠的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于向王静借款人民币 20 万元，不是索贿；为了帮助朋友余永强、苏辉满，向邓双梅、于旦生夫妇借款人民币 50 万元，不是索贿的辩解，经查：王怀忠以其合法收入，无法偿还 70 万元的借款，同时，王怀忠拥有巨额非法所得，没有必要向他人借款，王怀忠向王静、邓双梅、于旦生索要钱款时，丝毫没有借款及归还的意思表示。被告人王怀忠的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于不清楚家庭中有价值人民币 480 万余元的巨额财产的辩解，和辩护人关于指控王怀忠犯巨额财产来源不明罪的证据不充分的辩护意见，经查：本案扣押的巨额财产，不仅有被扣押钱物持有人、见证人在《暂予扣留、封存物品登记表》上的签字，还有持有人关于被扣押钱物来源的证言，王怀忠对于拥有巨额财产的事实，应当是明知的。被告人王怀忠的辩解及其辩护人的辩护理由不能成立，本院不予采纳。

对于被告人王怀忠关于已于 2000 年 3 月与韩桂荣离婚，并对共有财产进行了分割，指控其拥有 480 万余元人民币的巨额财产与事实不符，不构成巨额财产来源不明罪的辩解，以及辩护人关于王怀忠的离婚行为是否有效，应当由民政部门或者人民法院依照法律程序作出认定，公诉机关认定王怀忠是假离婚或者是离婚无效不符合法律规定的辩护意见，经查：2000 年 3 月王怀忠利用担任安徽省副省长的职权，指使阜阳市颍州区有关负责人违规代其办理了与韩桂荣的“离婚证”，韩桂荣没有接受；将“离婚证”退还给代办人，王怀忠在庭审中亦供认其与韩桂荣“离婚”后，仍与韩桂荣在一起生活，“离婚证”是无效的。被告人王怀忠的辩解与辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

本院认为，被告人王怀忠身为国家工作人员，利用职务上的便利，索取、非法收受

他人贿赂,为他人谋取利益,其行为已构成受贿罪;被告人王怀忠的财产明显超过合法收入,差额巨大,不能说明合法来源,其行为已构成巨额财产来源不明罪。公诉机关指控被告人王怀忠犯受贿罪、巨额财产来源不明罪的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名成立。被告人王怀忠受贿犯罪数额特别巨大,其中索取贿赂数额亦特别巨大,索取贿赂后将绝大部分用于阻止有关部门对其犯罪的查处,犯罪情节特别严重,且在确凿的证据面前,百般狡辩,拒不认罪,态度极为恶劣,应依法严惩。被告人王怀忠在本院审理期间,揭发唐某、燕某、姚某受贿犯罪和汪某走私犯罪,经检察机关查证,唐某在王怀忠揭发之前已经被举报,燕某的行为不构成犯罪,且已经受到党纪、政纪处分,姚某和汪某在王怀忠揭发前,已被立案查处,王怀忠行为不构成立功。依照《中华人民共和国刑法》第385条第1款、第386条、第383条第1款第(一)项、第395条第1款、第69条、第57条第1款和第64条的规定,判决如下:

一、被告人王怀忠犯受贿罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;犯巨额财产来源不明罪,判处有期徒刑4年。决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。

二、扣押在案的财物,上缴国库;不足部分,继续追缴。

如不服本判决,可在接到判决书的第二日起十日内,通过本院或直接向山东省高级人民法院提出上诉,书面上诉的,应当提交上诉状正、副本各一份。

审 判 长 刘丕法
审 判 员 于 辉
审 判 员 刘长立
2003年12月29日
书 记 员 张晓静

附录二

山东省高级人民法院刑事裁定书

[2004]鲁刑二终字第6号

原公诉机关山东省济南市人民检察院。

上诉人(原审被告人)王怀忠,男,1946年8月1日出生于安徽省亳州市,汉族,大学文化,系安徽省人民政府原副省长、安徽省第九届人大代表(2002年9月28日被罢免),曾任中共安徽省阜阳地委副书记、安徽省阜阳地区行政公署专员、中共阜阳地委书记、中共阜阳市委书记。住安徽省合肥市舒城路2号3栋102室。因涉嫌犯受贿罪,

于2002年9月30日被刑事拘留,同年10月14日被逮捕。现押于山东省看守所。

辩护人耿建生、唐民松,安徽承义律师事务所律师。

山东省济南市中级人民法院审理济南市人民检察院指控原审被告人王怀忠犯受贿罪、巨额财产来源不明罪一案,于2003年12月29日作出(2003)济刑二初字第32号刑事判决。原审被告人王怀忠不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,经过阅卷,讯问上诉人,听取辩护人的辩护意见,认为案件事实清楚,决定不开庭审理。现已审理终结。

济南市中级人民法院判决认定:

1994年9月26日,阜阳飞龙皮革有限公司副董事长杨晓明因涉嫌偷税犯罪被阜阳市人民检察院立案侦查,被告人王怀忠接受杨晓明妻子蔡勤请托,利用担任中共安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员的职务便利,指使原阜阳市市长王汉卿等人,为杨晓明办理了取保候审手续。同年12月,王怀忠在海南省兴隆温泉度假村,收受杨晓明人民币6万元。

1995年至1997年,被告人王怀忠先后利用担任阜阳地区行政公署专员、中共阜阳市委书记的职务便利,多次主持召开阜阳行署、阜阳市有关部门负责人参加的协调会,为安徽国银阜阳国际工业园开发有限公司(以下简称国银公司)在阜阳市开发的国际工业园、银海花园等项目,解决建设用地、减免银海花园二期工程城市建设配套费等。1997年7月底,王怀忠在应邀到澳大利亚参加国银公司的招商活动期间,收受国银公司董事长相坤1万澳元(折合人民币6.1万元)。

1997年至2000年,被告人王怀忠应安徽省阜阳汇鑫发展有限公司(以下简称汇鑫公司)负责人姜旭、余永强、王忠等人的请托,利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,通过签批文件、召开协调会等方式,为汇鑫公司在阜阳商贸城、敬贤山庄等项目的开发用地及拆迁、安置方面谋取利益,先后4次非法收受姜旭、余永强、王忠所送的人民币共计40万元。

1998年10月至1999年上半年,被告人王怀忠接受安徽省阜阳市龙腾实业有限公司(以下简称龙腾公司)董事长马萍、总经理卢强(马萍之夫)的请托,利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,通过签批文件、召开协调会、向有关部门负责人打招呼等方式,为龙腾公司谋取利益,先后四次收受马萍、卢强人民币110万元。

1998年8月至1999年8月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,先后7次在周伟给阜阳市有关部门和领导的《关于阜阳市古井酒行全权买断东方宾馆的报告》、《关于申请流动资金贷款的报告》等报告上签署意见,支持周伟买断东方宾馆,并为周伟协调解决贷款人民币1496.3万元,先后四次收受周伟人民币50万元。

1997年4月至1999年8月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,接受安徽省天力房地产开发有限公司(以下简称天力公司)董事长王新华的请托,主持召开阜阳市有关部门负责人参加的"关于汽运大厦开发建设有关事宜的协调会",要求对天力公司开发的汽运大厦的汽运税收、城市建设配套费和土地出让金等予以减

免。1999 年 8 月,王怀忠收受王新华人民币 10 万元。

1996 年下半年至 1999 年 1 月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,主持召开阜阳市有关部门负责人参加的白金汉宫大酒店二期工程拆迁协调会,为阜阳市白金汉宫大酒店有限公司解决扩建白金汉宫大酒店过程中遇到的拆迁问题,并先后两次要求安徽省信托投资公司阜阳办事处为白金汉宫大酒店解决建设资金共计人民币 320 万元。1999 年 8 月,王怀忠收受阜阳市白金汉宫大酒店有限公司董事长刘士强人民币 20 万元。

1996 年 2 月至 1998 年 11 月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,接受阜阳市绿洲房地产开发有限责任公司(以下简称绿洲公司)负责人倪超的请托,通过召开协调会、签批文件等方式,为绿洲公司开发的“阜阳名优商贸中心”减免土地出让金人民币 1 435.03 万元,为绿洲公司开发建设的绿洲大厦减免城市建设配套费等费用 57.87 万元。2000 年 5 月,王怀忠在天津市开会期间,索要倪超人民币 5 万元。

1996 年 7 月至 1999 年,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,接受安徽省阜阳国贸商城有限公司(以下简称国贸公司)、安徽国立房地产开发有限公司(以下简称国立公司)和安徽亚杰国贸集团股份有限公司(以下简称亚杰公司)法定代表人李洲的请托,通过签批文件、召开现场办公协调会等方式,为国贸公司和国立公司减免城市建设配套费、规费、垃圾清费等费用人民币 149.448 万元,为亚杰公司减免固定资产投资调节税人民币 438 万元。2000 年 11 月底,时任安徽省人民政府副省长的被告人王怀忠得知有关部门正在对其经济犯罪进行调查,经阜阳市阳光产业有限公司总经理张爱云介绍,认识了侯万清(化名“陈思宇”,因犯诈骗罪被判刑),要求侯万清找关系阻止有关部门对其进行的调查,侯万清要求王怀忠提供人民币 200 万元作为活动经费。同年 12 月,王怀忠要求李洲为其提供 200 万元。李洲让亚杰公司总经理助理杨应宇将 200 万元带到合肥交给王怀忠。王怀忠收到 200 万元后,安排杨应宇将其中的 120 万元交给张爱云,再由张爱云转交给侯万清,另 80 万元由杨应宇代为保管。事后,王怀忠为掩盖真相,应付调查,要求张爱云和杨应宇写一份用上述款项合伙做生意的虚假协议,遭到杨应宇的拒绝。12 月 13 日,在李洲被“双规”后,亚杰公司副总经理白涛为应付查账,让杨应宇写了一张落款时间为 12 月 8 日、杨应宇个人借款 200 万元的假借条。

2000 年 12 月,被告人王怀忠利用担任安徽省人民政府副省长的职务便利,以急需用钱为由,先后两次向安徽牛王皮业服饰(集团)公司董事长王静索取人民币共计 20 万元。

2001 年 2 月,被告人王怀忠利用担任安徽省人民政府副省长的职务便利,以急需用钱为由,向安徽云鹏置业有限公司负责人邓双梅、于旦生夫妇索要人民币 50 万元,并安排于旦生将 30 万元送到北京,交给北京新世纪四环投资有限公司副经理余永强,20 万元交给个体户苏辉满,用于疏通关系,阻止有关部门对其经济犯罪的查处。

综上,被告人王怀忠利用职务上的便利,为有关个人和单位谋取利益,索取、非法

收受他人钱款,共计折合人民币517.1万元。其中索取贿赂人民币275万元。

案发后,侦查机关依法扣押、冻结了被告人王怀忠夫妇的人民币、外币、存单、借据(债权)及金银首饰、玉器、高级手表等款物,共计折合人民币711.480443万元,从侯万清、孙德文、余永强、杨应宇处追回赃款共计人民币230万元。王怀忠夫妇生活消费支出和其他开支共计折合人民币144.306784万元。王怀忠共有价值人民币1 085.787227万元的财产,除受贿犯罪所得人民币517.1万元和合法收入计人民币88.106124万元外,王怀忠对价值人民币480.581103万元的财产不能说明合法来源。

济南市中级人民法院认为,被告人王怀忠身为国家工作人员,利用职务上的便利,索取、非法收受他人贿赂,为他人谋取利益,其行为已构成受贿罪;被告人王怀忠的财产明显超过合法收入,差额巨大,不能说明合法来源,其行为已构成巨额财产来源不明罪。被告人王怀忠受贿犯罪数额特别巨大,其中索取贿赂数额亦特别巨大,索取贿赂后将绝大部分用于阻止有关部门对其犯罪的查处,犯罪情节特别严重,且在确凿的证据面前,百般狡辩,拒不认罪,态度极为恶劣,应依法严惩。依照《中华人民共和国刑法》第385条第1款、第386条、第383条第1款第(一)项、第395条第1款、第69条、第57条第1款和第64条的规定,以受贿罪判处被告人王怀忠死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;以巨额财产来源不明罪,判处被告人王怀忠有期徒刑四年。决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。对扣押在案的财物,上缴国库;不足部分,继续追缴。

上诉人王怀忠上诉提出,一审判决认定的事实属实,但向李洲索要200万元,让杨应宇将120万元交给张爱云后,又让杨应宇将剩余的80万元退给李洲,不是让"杨应宇代为保管";一审判决量刑过重;一审判决宣判后,又检举了他人的腐败犯罪,有真诚的悔罪表现,请求从轻处罚。

上诉人王怀忠的辩护人耿建生、唐民松提出:(1) 王怀忠仅收取亚杰公司120万元,另80万元未实际收受,受贿总额应为437.1万元,受贿犯罪数额并非特别巨大;王怀忠为了阻止有关部门查处其经济犯罪问题,向亚杰公司索要120万元后,被侯万清等人骗取,没有实际阻止的行为和后果,受贿犯罪情节尚未达到特别严重的程度。一审判决对受贿罪量刑过重。(2) 计算来源不明财产的方法不正确,有重复计算的可能。(3) 二审期间,王怀忠已全部认罪,确有诚恳的悔罪态度。建议从轻处罚。

济南市中级人民法院在判决书中列明了经庭审质证的认定本案事实的证据,本院予以确认。在本院审理过程中,上诉人王怀忠及其辩护人均未提出新的证据。

对于上诉人王怀忠及其辩护人提出的王怀忠仅收取李洲人民币120万元,另80万元未实际收受,此笔索贿数额应认定为120万元的辩解和辩护意见,经查:证人侯万清、孙德文、李洲、杨应宇和白涛的证言,对于王怀忠向李洲索要200万元的原因、时间、地点和200万元的去向作出了明确的证实,王怀忠在上诉状中亦承认向李洲索要了200

万元。王怀忠关于其中80万元系让杨应宇退给李洲的辩解,与一审庭审查明的事实不符。王怀忠的辩解理由及其辩护人的辩护意见不能成立,本院不予以采纳。

对于辩护人关于计算来源不明财产的方法不正确,有重复计算可能的辩护意见,经查:一审判决列举的证据,已充分证实,从王怀忠家中、韩影、韩敏、管凤霞、朱传美、周建良等处扣押的价值人民币711.480443万元的财产系王怀忠夫妇的财产,但由于现有证据不能区分哪些财产是王怀忠受贿所得,哪些是王怀忠的合法收入,一审判决将查扣的财产数额,加上王怀忠夫妇的支出数额,再减去王怀忠夫妇的合法收入和王怀忠的受贿所得,对差额部分以非法所得论,计算方法正确,不存在重复计算问题。辩护人的辩护意见不能成立,本院不予以采纳。

对于上诉人王怀忠关于一审判决量刑过重,一审判决宣判后,又检举了他人的腐败犯罪,有真诚的悔罪表现,请求从轻处罚,以及辩护人关于一审判决对受贿罪量刑过重,二审期间,王怀忠已全部认罪,确有诚恳的悔罪态度,建议从轻处罚的辩护意见,经查:王怀忠受贿犯罪数额特别巨大,并具有索取巨额贿赂用于阻止对其犯罪查处的法定和酌定从重处罚情节,犯罪情节特别严重,不具有法定或者酌定从轻处罚情节,一审判决量刑适当。一审宣判后,王怀忠检举他人的腐败犯罪,经有关部门审查,确认因检举线索笼统、模糊,无时间、地点和具体情节,不具备查证条件,王怀忠的行为依法不构成立功;王怀忠的罪行极其严重,在本院审理期间,其对所犯大部分罪行予以供认,但并非全部认罪,其表现并非真诚悔罪,不足以从轻处罚。王怀忠及其辩护人的辩解理由、辩护意见不能成立,本院不予以采纳。

本院认为,上诉人王怀忠身为国家工作人员,先后利用担任中共安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、中共阜阳地委书记、中共阜阳市委书记和安徽省人民政府副省长的职务便利,接受他人请托,为他人谋取利益,非法收受、索取他人巨额贿赂,其行为已构成受贿罪;王怀忠的财产明显超过合法收入,差额巨大,不能说明合法来源,其行为已构成巨额财产来源不明罪。对于王怀忠所犯受贿罪和巨额财产来源不明罪,应当数罪并罚。一审判决认定的事实清楚,证据确实、充分,定罪准确;量刑适当,审判程序合法;依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第289条第(一)项之规定,裁定如下:

驳回王怀忠的上诉,维持原判。

本裁定依法报请最高人民法院核准。

审　判　长　周玉华
审　判　员　刘玉安
审　判　员　韦良平
2004年1月15日
书　记　员　杨子宁

附录三

中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书

[2004]刑复字第15号

被告人王怀忠,男,1946年8月1日出生于安徽省亳州市,汉族,大学文化,原系安徽省人民政府副省长、安徽省九届人大代表(2002年9月28日被罢免),曾任中共安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员、中共阜阳地委书记、中共阜阳市委书记。住安徽省合肥市舒城路2号3栋102室。2002年10月14日被逮捕。现在押。

山东省济南市中级人民法院审理济南市人民检察院指控被告人王怀忠犯受贿罪、巨额财产来源不明罪一案,于2003年12月29日作出(2003)济刑二初字第32号刑事判决,认定被告人王怀忠犯受贿罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;犯巨额财产来源不明罪,判处有期徒刑四年,决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。宣判后,王怀忠不服,提出上诉。山东省高级人民法院于2004年1月15日以(2004)鲁刑二终字第6号刑事裁定,驳回上诉,维持原判,并依法报送本院核准。本院依法组成合议庭,对本案进行了复核。现已复核终结。

经复核查明,一审法院判决认定:

1994年9月,被告人王怀忠利用担任中共安徽省阜阳地委副书记、阜阳地区行政公署专员的职务便利,指使原阜阳市长王汉卿等人,为涉嫌偷税犯罪的阜阳飞龙皮革有限公司副董事长杨晓明办理取保候审手续。同年12月,王怀忠收受杨晓明人民币6万元。

1995年至1997年,被告人王怀忠先后利用担任阜阳地区行政公署专员、中共阜阳市委书记的职务便利,多次主持召开阜阳行署、阜阳市有关部门负责人参加的协调会,为安徽国银阜阳国际工业园开发有限公司在阜阳市开发的国际工业园、银海花园等项目,解决建设用地、减免银海花园二期工程城市建设配套费等。1997年7月底,王怀忠收受该公司董事长相坤1万澳元(折合人民币6.1万元)。

1997年至2000年,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,多次主持召开阜阳市有关部门负责人参加的协调会,为安徽省阜阳汇鑫发展有限公司解决阜阳商贸城和敬贤山庄的开发用地、拆迁、安置等问题,先后4次收受该公司负责人姜旭、余永强、王忠人民币共计40万元。

1998年10月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,要求阜阳市有关部门解决安徽省阜阳市龙腾实业有限公司(以下简称龙腾公司)在开发静贤山庄过程中所遇到的拆迁问题,收受龙腾公司董事长马萍、总经理卢强(马萍之夫)人民币

30万元;1999年1月,王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,要求阜阳市公安机关不追究龙腾大酒店员工砸坏白金汉宫大酒店玻璃橱窗及车辆的责任,事后收受马萍、卢强人民币40万元;同年2月,王怀忠在龙腾公司《关于建设龙腾购物中心的报告》上签署要求阜阳市有关部门给予支持的意见,事后收受马萍、卢强人民币20万元;同年5月,王怀忠给阜阳市颍州区有关领导打招呼,为龙腾公司办理龙腾加油站的土地使用证手续,收受马萍、卢强人民币20万元。

1998年8月至1999年8月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,先后7次在阜阳市东方宾馆董事长周伟关于买断东方宾馆和申请流动资金贷款的报告上签署意见,帮助周伟买断东方宾馆和协调解决贷款人民币1 496.3万元,先后4次收受周伟人民币共计50万元。

1997年4月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,主持召开阜阳市有关部门负责人参加的协调会;要求对安徽省天力房地产开发有限公司开发汽运大厦的城市建设配套费、土地出让金以及汽运税收等予以减免。1999年8月,王怀忠收受该公司董事长王新华人民币10万元。

1996年下半年至1999年1月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,主持召开阜阳市有关部门负责人参加的协调会,为阜阳市白金汉宫大酒店有限公司解决扩建白金汉宫大酒店过程中遇到的拆迁问题,并先后两次要求安徽省信托投资公司阜阳办事处为白金汉宫大酒店解决建设资金共计人民币320万元。1999年8月,王怀忠收受该公司董事长刘士强人民币20万元。

1996年2月至1998年11月,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,通过召开协调会、签批文件等方式,为倪超所在的阜阳市绿洲房地产开发有限责任公司减免土地出让金、城市建设配套费等费用共计人民币149.29万元。2000年5月,王怀忠在天津市开会期间,向倪超索要人民币5万元。

1996年7月至1999年,被告人王怀忠利用担任中共阜阳市委书记的职务便利,通过签批文件、召开协调会等方式,为李洲任法定代表人的安徽省阜阳国贸商城有限公司,安徽国立房地产开发有限公司和安徽亚杰国贸集团股份有限公司减免城市建设配套费、固定资产投资调节税等费用共计人民币587.448万元。2000年12月,已升任安徽省人民政府副省长的王怀忠得知有关部门正在对其涉嫌经济犯罪问题进行调查,向李洲索要人民币200万元,并将其中的120万元作为"活动经费",交给侯万清(化名"陈思宇",已因犯诈骗罪被判刑),企图阻止有关部门对其经济犯罪问题的查处,另80万元让杨应宇代为保管。

2000年12月和2001年2月,被告人王怀忠利用担任安徽省人民政府副省长、分管农业工作的职务便利,先后向拟在安徽亳州建农业基地的安徽牛王皮业服饰(集团)公司董事长王静索要人民币20万元,向正在筹建常青镇农业高科技园项目的安徽云鹏

置业有限公司负责人邓双梅、于旦生夫妇索要人民币50万元，并安排于旦生将其中的30万元交给北京新世纪四环投资有限公司副经理余永强，20万元交给个体户苏辉满，用于寻找关系，试图阻止有关部门对其涉嫌经济犯罪问题的查处。

案发后，侦查机关依法扣押、冻结了被告人王怀忠的财产。除受贿犯罪所得和合法收入外，王怀忠对价值人民币480.581103万元的财产不能说明合法来源。

上述事实，有一审庭审质证的证人证言、书证、鉴定结论等证据证实，确实、充分，一审法院予以确认，遂作出一审判决。

被告人王怀忠对一审判决不服，上诉提出：一审判决认定的事实基本属实，但向李洲索要200万元后，又让杨应宇将其中的80万元退给李洲，此次受贿数额应为120万元；一审判决量刑过重；一审判决宣判后，检举了他人的犯罪，有真诚的悔罪表现，请求从轻处罚。王怀忠的辩护人除提出与王怀忠相同的辩护理由外，还提出：王怀忠受贿犯罪情节尚未达到特别严重的程度，一审判决对受贿罪量刑过重，建议从轻处罚；计算来源不明财产的方法不正确，有重复计算的可能。

山东省高级人民法院经二审确认，王怀忠的辩解理由及其辩护人的辩护意见，均不能成立，遂作出维持一审判决驳回其上诉的裁定，并依法报本院核准。

本院经复核认为，被告人王怀忠身为国家工作人员，利用职务上的便利，索取他人人民币275万元，非法收受他人人民币230万元、澳币1万元，共计折合人民币517.1万元，为有关单位和个人谋取利益，其行为已构成受贿罪；王怀忠的财产和支出明显超过合法收入，差额巨大，本人对价值人民币480.581103万元的巨额财产不能说明合法来源，其行为已构成巨额财产来源不明罪。王怀忠受贿数额特别巨大，并具有多次索贿的法定从重处罚情节。更为恶劣的是，王怀忠为逃避法律制裁，在有关部门查处其涉嫌经济犯罪期间，仍继续向他人索贿，且将索取的巨额贿赂用于企图阻止有关部门对其经济犯罪问题的查处，受贿犯罪情节特别恶劣，社会危害性极大，罪行极其严重。在法院审理期间，王怀忠检举他人犯罪，经有关部门查证，其检举或者无时间、地点等具体情节，不具备立案查证条件，或者所涉人员在王怀忠检举之前已经被举报、查处，或者不构成犯罪，王怀忠的行为不符合刑法第68条第1款关于立功的规定，不具有法定的从轻处罚情节。在一审期间，王怀忠拒不认罪；二审期间，王怀忠对其所犯大部分罪行予以供认，但对有确凿证据证明的其他犯罪事实仍予以否认，不足以从轻处罚。一审判决、二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第199条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第285条第（一）项的规定，裁定如下：

核准山东省高级人民法院（2004）鲁刑二终字第6号维持一审对被告人王怀忠以受贿罪判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以巨额财产来源不明

罪,判处有期徒刑4年,决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产的刑事裁定。

审 判 长 任卫华
审 判 员 韩维中
代理审判员 郭清国
2004年2月11日
书 记 员 崔 然

[General Information]
书名=中国疑难刑事名案法理研究　第6卷
作者=赵秉志主编
页数=382
SS号=12777540
出版日期=2011.01
出版社=北京市：北京大学出版社
DX号=000008054441
URL=http://book.szdnet.org.cn/bookDetail.jsp?dxNumber=000008054441&d=2BF4CCD0C3FF979523CE200DA65337AB